

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft I.

Haftung für Hülfspersonen nach § 278 B. G. B., in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht. Von Dr. Arthur Nussbaum.



Berlin 1898
Verlag von E. Ebering.

Haftung für Hülfspersonen

nach § 278 B. G. B., in Vergleichung mit

dem gemeinen und Landesrecht.

Von

Dr. Arthur Nussbaum.



Berlin 1898
Verlag von E. Ebering.

Meinen lieben Eltern.

Litteratur.

Die wissenschaftliche Grundlage für die hier behandelte Lehre bilden die Arbeiten von Wyss (Haftung für fremde Kulpa 1867) und von Goldschmidt (Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Gehülfen, in seiner Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 16. S. 284 ff.).

Eine Zusammenstellung der gesamten einschlägigen Litteratur bis zum Jahre 1886 giebt Chr. Rang (Die Haftung des Schuldners für Dritte, Göttinger Inaug.-Diss., 1886). Von den nach 1886 erschienenen Arbeiten behandeln die folgenden unser Thema (oder Ausschnitte desselben) in ausführlicher Weise:

Steinbach, Ersatz der Vermögensschäden, in Burians Juristischen Blättern 1888;

Mataja, Das Recht des Schadensersatzes nach den Grundsätzen der Nationalökonomie, 1888;

Abicht, Haftung des Unternehmers bei der Werkverdingung (Göttinger Inaug.-Diss.), 1891;

Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehülfen nach österreichischem und gemeinem Recht, Lemberg 1893; diese Arbeit war dem Verfasser nicht zugänglich;

Kleineidam, Haftung des Geschäftsherrn (Breslauer Inaug.-Diss.) 1896;

Rümelin, Gründe der Schadenzurechnung 1896;

Conradi, Haftung des Schuldners für Gehülfen und Substituten (Göttinger Inaug.-Diss.), 1896.

Die hier genannten Arbeiten werden in der Folge nur mit dem Namen ihrer Verfasser citiert.

Abkürzungen.

Jur. T. = Verhandlungen des siebenzehnten deutschen Juristentages (1884).
A. L. R. = Allgemeines Landrecht.
B. G. B. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
B. Sch. G. = Binnenschifffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895.
C. c. = Code civil.
E. G. = Einführungsgesetz zum B. G. B.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 5. Juni 1869.
G. H. G. B. = (Revidiertes) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
S. G. B. = Königl. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.
Schw. O. = Schweizer Obligationenrecht.

Erstes Kapitel.

Das bisherige Recht.

Abschnitt I. Grundlagen.

§ 1.

Der Standpunkt des reinen römischen Rechts.

In § 278 B. G. B. heisst es: „Der Schuldner hat ein Verschulden . . . . der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden."

§ 278 regelt also die Haftung des Schuldners für seine „Hülfspersonen", wie wir die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, kurz nennen wollen.[1] Prinzip und Mass dieser Haftung zu untersuchen, setzt sich die vorliegende Arbeit zur Aufgabe. Bei dieser Untersuchung soll von dem römisch-gemeinen Recht und den deutschen Landesrechten als den Grundlagen des B. G. B. ausgegangen werden.

Das entwickelte römische Recht hat den Grundsatz, dass nicht aus blosser Schadensverursachung, sondern nur aus Verschulden eine Pflicht zum Ersatz des entstandenen Schadens fliesse, in strenger Konsequenz durchgeführt. Dieses „Verschuldungsprinzip," eng zusammenhängend mit jener Betonung des subjektiven Willens, welche Jhering den „Urquell des römischen Rechtes" nennt, stellt sich als einer der für die gesamte Physiognomie des römischen Rechts am meisten charakteristischen Züge dar.[2]

1. Sprachlich wäre der Ausdruck „Gehülfen" vorzuziehen. Derselbe ist aber schon anderweitig vergeben (vgl. § 3). Doch behalten wir uns vor, ihn da zu verwenden, wo ein Missverständnis nicht aufkommen kann.

2. Diese Thatsache wird nur von Chr. Rang geleugnet. Er will a. a. O. S. 39) das Kulpaprincip wenigstens für kontraktliche Verhältnisse durch den Grundsatz verdrängen: „Für Personen

Hieraus ergiebt sich sofort, dass der Schuldner in Rom nur dann für seine Gehülfen einstehen musste, wenn ihm ein Verschulden bei ihrer Auswahl (culpa in eligendo) oder bei ihrer Beaufsichtigung (culpa in custodiendo) zur Last fiel, überhaupt, wenn der unmittelbar durch den Gehülfen verursachte Schaden sich mittelbar auf Fahrlässigkeit oder Arglist des Schuldners zurückführen liess — abgesehen natürlich von weitergehenden vertragsmässigen oder positiv-gesetzlichen Bestimmungen.

Einer strengeren Haftung des dominus bedurfte der römische Verkehr auch nicht. Denn als „Hülfspersonen" kamen hauptsächlich die Sklaven, welchen die Verrichtung der körperlichen Arbeiten fast ausschliesslich oblag, in Betracht; und für einen Sklaven war ja der Herr nach den Grundsätzen der Noxalklagen verantwortlich, soweit der Sklave sich eines Delikts (z. B. eines Verstosses gegen die lex Aquilia) schuldig gemacht hatte, d. h. also in den wichtigsten Verschuldensfällen. Freie Leute gingen dagegen nur selten dauernde Dienstverhältnisse ein, und wenn sie es thaten, übernahmen sie weniger die Leistung mechanischer Dienste, welche ja als unwürdig eines freien Mannes galten, als vielmehr selbständige Stellungen nach Art eines institor oder magister navis. Dann aber waren, auch soweit sie sich als „Hülfspersonen" ein Versehen oder eine dolose Handlung gegen den Dritten (den Gläubiger) zu Schulden

---

oder Sachen, welche den Gläubiger beschädigt haben, haftet der Schuldner, insoweit er sie als Schuldner in Beziehung zu dem Gegenstand des Schadens gesetzt hat." Diese Behauptung Rang's fusst auf einer so künstlichen Quellenauslegung und widerspricht so offenbar dem positiven Recht, dass sie m. W. in der romanistischen Wissenschaft weder Zustimmung noch überhaupt Beachtung gefunden hat. Sie einer gesonderten Betrachtung zu unterwerfen, erübrigt sich demnach, zumal wir im Lauf der Arbeit noch einige ihr verwandte Theorieen besprechen werden.

kommen liessen, gegen den dominus die adjekticischen Klagen gegeben.[1]

Aber weder die letztgenannten noch die Noxalklagen bedeuten Abweichungen, genauer: absichtlich in das Rechtssystem hineingetragene Ausnahmen vom Kulpaprinzip. Die Noxalklagen sind Rudimente einer früheren Rechtsbildung, die adjekticischen beziehen sich juristisch nicht auf ein Hülfspersonen-, sondern ein (eigentümlich geartetes) Stellvertretungs-Verhältnis.

Das positive römische Recht hat überhaupt den Verschuldungsgrundsatz nur in einigen wenigen, höchst singulären Fällen durchbrochen.[2] Diese Behauptung soll wegen ihrer Wichtigkeit für die prinzipielle Auffassung, mit der man vom Standpunkt des römischen Rechts aus der uns beschäftigenden Frage näher zu treten hat, nach einzelnen Richtungen hin weiter ausgeführt und begründet werden. Und zwar möchte der Verf. darauf hinweisen, dass einige Sätze, die man gewöhnlich oder doch häufig als Ausnahmen von dem Verschuldungsgrundsatz hinstellt, sich mit demselben vereinen lassen.

a) Eine solche scheinbare Ausnahme bildet die Bestimmung des ädilicischen Edikts, dass der redhibierende Käufer alles das zu vertreten habe, quod post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisque eius factum est (l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21,1). Es handelt sich hier nicht um eine Ausnahme vom Kulpaprinzip, denn letzteres bezieht sich auf die Ersatzpflicht für entstandene Schäden; die Bestimmung des ädilicischen Edikts schafft lediglich eine Beschränkung des vom Aedil gegebenen ausserordentlichen Rechtsbehelfs der actio redhibitoria.

b) Das prätorische Edikt über das receptum cauponum forderte wahrscheinlich einen formlosen Vertrag zwischen

1. Dies wird noch § 4 näher dargethan werden.

2. Anders freilich Dernburg, Pandekten, II., § 38, Anm. 8.

caupo und Reisenden als Voraussetzung der bekannten Haftpflicht des ersteren, verfolgte also lediglich den Zweck, einen derartigen Vertrag (als pactum praetorium) klagbar zu machen.[1]

c) In dem Edikt des Prätors heisst es: (l. 1 pr. D. de publ. 39, 4): „Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum[2], si id restitutum non erit, in duplum, aut si post annum agetur, in simplum iudicium dabo . . . si hi, ad quos ea res pertinebit, non exhibebuntur, in dominos sine noxae datione iudicium dabo.“

Ulpian bemerkt hierzu in seinem Ediktskommentar (l. 1 § 5 D. h. A.): „Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarium sunt publicani, sive igitur liberi sint sive servi alieni. Die hierin liegende Ueberschreitung des Verschuldungsprinzips motiviert Ulpian durch die Bemerkung (l. 12 h. t.) „Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat. Idcirco praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.“

Gaius dagegen scheint in der Auslegung unseres Edikts über das Kulpaprinzip nicht hinausgegangen zu sein. Er wirft in l. 13 § 3 h. t. die Frage auf: „Quid tamen, si servus decesserit? Videndum, an publicanus teneatur quasi facti sui nomine: sed puto, quia facultatem non habet exhibendi nec dolus eius intercessit, deberi eum liberari.“

War also der Sklave nach Verübung der in Frage stehenden rechtswidrigen Handlung gestorben, so soll der Publikane nicht haften.

Einerseits kann nun Gaius unmöglich der Ansicht gewesen sein, dass der publicanus auch dann liberiert werden

1. Darüber eingehend Schneider, Haftungsprincip des römischen Obligationenrechts in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht N. F. 29.

2. Mit „publicani“ dürften wohl die Publikanensocietäten gemeint sein (wie man municipes für municipium sagt).

müsste, wenn ein freier familiaris nach Verübung des Delikts gestorben wäre. Andrerseits würde man den Juristen einer groben Inkonsequenz zeihen, wollte man ihm die Ansicht unterschieben: „Ist der Uebelthäter ein Sklave, so befreit sein Tod den Publikanen, ist der Uebelthäter ein Freier, so haftet der Publikane unbedingt." Einer derartigen Unterscheidung gebricht es nicht allein an jedem inneren Grund; ihr widerspricht auch, dass das Edikt nur eine einheitliche Haftung der publicani für ihre familia kennt.

Gaius hat vielmehr, wie es scheint, die Publikanen nur soweit über das Verschuldungsprinzip hinaus haften lassen, wie es die noxale Haftung des dominus (d. h. hier der publicani) für die Sklaven mit sich brachte, und für diese Auslegung der Entscheidung des Gaius spricht auch seine Bemerkung: „sed puto quia etc."

Für die Meinung, welche wir dem Gaius hiernach zuschreiben, lässt sich namentlich anführen, dass das Edikt allgemein sagt: „ . . . . si hi, ad quos ea res pertinet, non exhibebuntur etc."

An den Fall, dass der Publikane für einen freien familiaris (dessen „Exhibition" natürlich nicht denkbar ist) verantwortlich gemacht werden könnte, scheint der Prätor hiernach nicht gedacht zu haben. Andererseits kann der Ausdruck „familia publicanorum" jedenfalls nicht gegen Gaius ins Feld geführt werden. „familia" kann zwar die freien Mitglieder der „Familie" (in röm. Sinn) mitumfassen, wird aber sehr häufig für die Gesamtheit der im Eigentum einer Person stehenden Sklaven gebraucht.[1]

Wenn nun aber das Edikt, von der noxalen Haftung des publicanus abgesehen, über das Verschuldungsprinzip nicht hinausging, so erhebt sich die Frage, warum es überhaupt aufgestellt wurde. Es sei gestattet, hierauf in aller Kürze folgende Vermutung zu äussern:

1. Vgl. z. B. l. 78 de leg. III.

Die Publikanen hatten wegen ihrer Steuerforderungen das Recht der pignoris capio.[1] Daraus entstehende Streitigkeiten kamen jedenfalls nicht vor die ordentlichen Gerichte[2], konnten daher nicht mit der actio furti u. dgl. zum Austrag gebracht werden.[3] Dringendes Bedürfnis (Verfall der pignoris capio und der etwa mit ihr gegebenen Garanticen, Ueberhandnahme der temeritas publicanorum) zwang aber den Prätor zur Proponierung seines Edikts, welches den Excess bei der Ausübung des Pfändungsrechts zu einem neuen Deliktsthatbestand stempelt, dagegen über das (mit der Noxalhaftung verbundene) Verschuldungsprinzip nicht hinausgeht.

So bleiben nur noch einige ganz vereinzelte Fälle,[4] in denen die vorgeschrittenere (prätorische und nachprätorische) Rechtsbildung von dem Kulpaprinzip abgewichen ist, und diese Fälle sind nicht aus dem Geist des Rechts heraus, sondern, wie die römischen Juristen selbst regelmässig bemerken, aus Nützlichkeitsrücksichten geschaffen worden. Demgemäss erfordern sie stets eine positive gesetzliche Bestimmung.

1. Gaius IV, 27.

2. Wird das schon meist allgemein für Streitigkeiten aus der pignoris capio angenommen, so spricht in unserem Fall namentlich dafür, dass es sich hier um die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte handelte, welche der gerichtlichen Kompetenz nicht unterlagen. Vielleicht gewährte die Rüge- und Strafgewalt des Censors eine Garantie gegen Ausschreitungen bei der Pfandung — wenigstens liessen sich dafür mancherlei Gründe anführen.

3. Durch diese Erkenntnis allein dürfte sich m. E. eine sachgemässe Entscheidung der in l. 1 § 2 h. t. aufgeworfenen Frage ermöglichen lassen.

4. Dies sind die actio de eff. et deiectis (nebst der act. de pos. vel suspenso) D. 9, 3 und die act. furti adversus nautas etc. D. 47, 5.

§ 2.

Insbesondere die Behandlung der locatio conductio operis.

Trotzdem wird vielfach behauptet, dass die Römer den conductor operis allgemein für seine Gehülfen verantwortlich gemacht hätten, obschon eine positive Norm dieses Inhalts nicht vorlag. Das Bestehen eines derartigen Rechtssatzes, der von den Neueren in verschiedener Weise innerlich begründet wird, ergebe sich aber aus gewissen Digestenstellen. Wir wollen zunächst auf letztere eingehen und alsdann die Möglichkeit einer juristischen Rechtfertigung der in Frage stehenden Unternehmerhaftung ins Auge fassen.

I) Bei der Interpretation des Quellenmaterials werden wir uns wegen der Fülle des Stoffs und der besonderen Zwecke der vorliegenden Arbeit eine doppelte Beschränkung auferlegen. Einerseits sollen endgültig widerlegte Interpretationen nicht mehr berücksichtigt werden; nur soweit die neuere Litteratur nach Wyss und Goldschmidt und im Gegensatz zu ihnen Pandektenmaterial für die Haftung des Unternehmers beizubringen sich bemüht, soll dasselbe hier von unserem Standpunkt aus beleuchtet werden. Und auch in dieser Beziehung will unsere Darstellung nicht erschöpfen; es soll nur hauptsächlich auf einige Punkte hingewiesen werden, welche in der bisherigen Litteratur wenig oder noch nicht berücksichtigt worden sind.

Zunächst sei zur Vermeidung von Wiederholungen im allgemeinen ein Hinweis darauf gestattet, dass die den Inhalt der Digesten bildenden Entscheidungen der römischen Juristen vorwiegend nicht deduktiv aus theoretischen Erwägungen, sondern aus der Anschauung heraus gewonnen sind. Nur aus der Bedeutung der einzelnen Entscheidung für das praktische Leben darf mithin auf die Rechtsidee geschlossen werden, welche dem Juristen, ihm selbst vielleicht unbewusst, seine Sentenz diktierte; und zwar dürfen bei diesem Rück-

schluss weder die sonst in der römischen Gesetzgebung und Litteratur zum Ausdruck gelangenden Rechtsgedanken noch der besondere Zusammenhang, in den der Schriftsteller seine Aeusserung gestellt hat, ausser Acht gelassen werden.

a) Ulpian sagt l. 20 § 2 D. de praescr. verbis: „Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum.“ Das Verschuldungsprinzip ist zwar nicht theoretisch formuliert, liegt aber doch der Entscheidung zugrunde.[1] Der Jurist setzt nun hinzu: „Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.“ Dass sich Ulpian hier nicht mit dem oben ausgesprochenen Kulpaprinzip in Widerspruch setzen will, dass vielmehr ein Verschulden des Prinzipals die Voraussetzung seiner zusätzlichen Entscheidung bildet, ergiebt sich m. E. auch aus folgender Erwägung:

Dass man mit der actio praescriptis verbis, genauer auf dem Wege eines praescriptis verbis agere,[2] den Prinzipal über sein eigenes Verschulden hinaus hätte verantwortlich machen können, widerspricht jeder rechtsgeschichtlichen Wahrscheinlichkeit. Denn nach den Forschungen Pernice's[3] kam das „praescriptis verbis agere,“ nicht, wenn man so sagen darf, corrigendi, sondern nur adiuvandi iuris gratia

1. Auf die Zusatzbemerkung nach detrimentum „quia eius quoque causa sit missum“ ist gegenüber den Worten „sine dolo malo et culpa tua“ kein entschiedenes Gewicht zu legen. Genaueres hierüber noch in § 6.

2. Die Stelle „et puto ..... competere“ ist in dieser Fassung ein Emblem (Gradenwitz, Interpolationen S. 138), wie die actio praesc. verbis überhaupt eine Neuschöpfung der Kompilatoren. Zu Labeos Zeit hätte man nur „praesc. verbis agere“ können.

3. In dessen Parerga, Zeitschr. für Rechtsgesch. N. F., insbes. Bd. 9, S. 256 ff.

auf, d. h. zur leichteren prozessualen Realisierung der Ansprüche, aber unter Beibehaltung ihrer materiellen Voraussetzungen. Wie hätte man da, selbst im Lauf der weiteren Entwicklung den Beklagten bei dem nur von Fall zu Fall möglichen „praescriptis verbis agere" strenger haften lassen können als in den festgefügten und schon nach allen Seiten hin ausgebauten regulären Schuldverhältnissen?[1] Denn dass man in diesen zum mindesten grundsätzlich nicht über eigenes Verschulden hinaus haftete, darf wohl nach dem jetzigen Stand der Wissenschaft als unzweifelhaft angesehen werden.

b) Einen noch unmittelbareren Wert als die unter a) erörterte Quellenstelle besitzt für unsere Frage die auf die Werkverdingung selbst sich beziehende l. 13 § 5 loc. 19, 2: „Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit." Man folgert hieraus, sich an den Wortlaut der Stelle anklammernd, dass der Meister für seinen Gehülfen einzustehen hat, wenn dieser den Stein bei der Arbeit zerbrochen hat. Es sind aber der Zusammenhang und die thatsächlichen Voraussetzungen der Entscheidung zu beachten.

Die ganze l. 13 enthält lediglich kasuistische Beispiele für die culpa eines conductor operis, und § 1 spricht sogar ausdrücklich den Satz aus, dass der Unternehmer ohne Weiteres für ein Verschulden von Hülfspersonen nicht einzustehen habe; wir werden daher diese Stelle unter c) noch zur quellenmässigen Begründung unseres Standpunkts ver-

1. Vgl. z. B. für das Kommodat l. 20 D. comm. 13, 6: „Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad to perferendum ut non debuerit quis aestimare futurum ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent." Nach einer von gegnerischer Seite versuchten Interpretation soll freilich casus vorliegen, wenn sich der Sklave das Silber abschwindeln lässt!

werten. Vor allem aber ist folgendes zu bedenken: Es handelt sich bei der Bearbeitung einer Gemme um ein Kunstwerk. Es ist bekannt, wie gerade in der römischen Kaiserzeit das Gemmen- und Kammeenschneiden als Kunst gepflegt wurde; die uns erhaltenen Exemplare legen davon Zeugnis ab. Zog also ein Künstler einen Gehülfen zu, so musste er sich der peritia desselben vergewissern; bei „imperitia facientis" befand sich der Meister in Verschulden.[1]

c) Für die gegnerische Ansicht wird wohl auch ins Feld geführt l. 40/41 D. loc. 19. 2. „Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat. (§ 41). Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait; sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est." Der richtigen Bedeutung der Stelle wird man inne, wenn man das zeitliche Verhältnis von Julian und Marcellus ins Auge fasst. Julian betrachtet nämlich, wie auch die (wahrscheinlich in unserer l. 41 gemeinte) l. 19 D. comm. 13,6 bezeugt,[2] das custodia-Verhältnis noch von einem formalistischen Standpunkt. Der Verpflichtete hat dafür zu sorgen, dass die Sache nicht gestohlen wird, er darf sich natürlich auch nicht an ihr vergreifen — aber wie kann man ihm eine Garantie dafür zumuten, dass kein anderer die Sache beschädigt? Qua cura aut qua diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

---

1. Und es ist von Bedeutung, dass Ulpian den Ausdruck „imperitia facientis" (nicht allgemein „culpa facientis") wählt. Vgl. l. 9 § 5 h. t.

2. Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est; qua enim cura diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

Marcellus macht demgegenüber mit Recht darauf aufmerksam, dass doch wenigstens unter Umständen, interdum, die Handlung des Dritten zugleich dem Kontraktschuldner zum Vorwurf gereichen könne. Diesen Gedanken aber drückt er, wie nach dem oben Gesagten nicht mehr befremden kann, nicht abstrakt, sondern in zwei anschaulichen Beispielen aus: „Sive custodiri potuit, ne damnum daretur (culpa in custodiendo!), sive ipse custos damnum dedit (culpa in eligendo!). Die etwas ungenaue Ausdrucksweise „sive ipse . . . . . dedit“ wird um so verständlicher, wenn man bedenkt, dass es sich um einen — für römische Verhältnisse — ungewöhnlichen entgeltlichen Aufbewahrungsvertrag handelt, welcher den Schuldner zur höchsten Sorgfalt verpflichtete.[1]

d) Endlich muss noch auf die vielbesprochene l. 25 § 7 loc. 19,2 eingegangen werden. Sie lautet: „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum auxilio uteretur, culpa acciderit.“

„que“ muss natürlich deutsch mit „oder“ wiedergegeben werden, da sonst der Unternehmer frei ausgehen würde, wenn zwar ihn, aber nicht seine Gehülfen ein Verschulden träfe. Nur Goldschmidt, welcher in der Auslegung demselben Endergebnis zustrebt wie wir, hält es zur Erreichung seines Zieles für erforderlich, „que“ mit „und“ zu übersetzen, die sich dagegen erhebenden Bedenken sucht er mittelst der folgenden, man darf wohl sagen: etwas verblüffenden Deduktion[2] aus dem Wege zu räumen: Unternehmer und Gehülfe müssen im Verschulden sein; denn „wird die Säule ohne

1. Uebrigens führt Goldschmidt a. a. O. S. 356 aus, dass l. 40/41 auch bei unrichtiger Auslegung nicht viel für die Gegner besagt.

2. Auch das R. G. nennt sie gelegentlich „höchst künstlich.“

Verschulden der Gehülfen, durch ein von erfahrenen und sorgsamen Gehülfen unabwendbares Ereignis geschädigt, so steht der Unternehmer nicht ein, mag er auch an sich seiner Vertragspflicht nicht genügt haben, indem er unzuverlässige oder unerfahrene Gehülfen gewählt oder nicht instruiert oder beaufsichtigt hat."

Dann hat doch aber der Unternehmer den Schaden, welchen er ersetzen soll, überhaupt nicht verschuldet! Ob ihn vielleicht in irgend einer sonstigen Beziehung eine Kulpa trifft, bleibt ganz gleichgültig.

Man braucht aber auch den von Goldschmidt gewählten Weg nicht einzuschlagen, um zu dem erwünschten Ergebnis zu gelangen.

Denn es steht fest, dass die Römer eine Ersatzpflicht grundsätzlich nur aus Verschulden hergeleitet haben. Will unsere l. 25 für die Werkverdingung eine Ausnahme statuieren, so müsste dies unzweideutig aus dem Wortlaut der Stelle hervorgehen. Das ist aber nicht der Fall. Denn dass eine Vereinigung unserer Stelle mit dem Kulpaprinzip wenigstens möglich ist, lässt sich m. E. schwer bestreiten. Wir stützen uns namentlich auf l. 65 pr. de usufr. 7,1: „Fructuarius debet quod suo suorumque facto deterius factum est, reficere; debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere." Dem „ipsius eorumque . . . culpa" unserer l. 25 § 7 loc. entspricht hier das „suo suorumque facto." Nach der letztzitierten Stelle (der l. 65 de usufr.) aber ist es klar, dass das fragliche „que" sich mit dem Verschuldungsprinzip, welches in dem Satz debet enim etc. deutlich formuliert ist,[1] sprachlich wohl vereinigen lässt.

1. Selbst wenn dieser Satz keine Aufnahme in die Digesten gefunden hätte, so müsste man m. E. dennoch bei der Erklärung der l. 65 pr. de usufr. von der Annahme eines eigenen Verschuldens des fructuarius ausgehen. Denn Mieter (und Pächter)

Möglich ist also folgendes: Es handelt sich in unserer Gaiusstelle lediglich um eine ungenaue Ausdrucksweise des Juristen: gemeint ist, dass der conductor durch ein Versehen in der Auswahl oder Beaufsichtigung der Arbeiter oder sonst in irgend einer Weise an dem Verschulden der letzteren mitbeteiligt ist — ein praktisch äusserst naheliegender Fall.

Die Möglichkeit, dass Gaius das Kulpaprinzip nicht verlassen will, wird zur Wahrscheinlichkeit, wenn wir die ganze l. 25 loc. unbefangen durchlesen. Als ihr Inhalt ergiebt sich dann nämlich eine Erläuterung der durch die locatio conductio geschaffenen beiderseitigen Diligenzpflichten und des Begriffs der culpa, welche die Verletzungsform jener Diligenz ist. Auch dem Zusammenhang nach muss daher unser § 7 als Beispiel für ein Verschulden (bezw. eine Haftung) des Unternehmers aufgefasst werden.

Hiermit dürfte sich vielleicht die Bemerkung Dernburgs (Pand. II, § 38 Anm. 8) erledigen: „Dass der Jurist einen besonderen Satz aussprechen wollte und nicht das Selbstverständliche, dass der Unternehmer für seine Kulpa hafte, geht auch daraus hervor, dass er die Anwendung der Entscheidung bezüglich der Säule auf andere Fälle so nachdrücklich betont.“ [1] Wir behaupten nicht, dass Gaius einen derartigen selbstverständlichen Satz aussprechen, sondern dass er ein praktisches Beispiel für letzteren geben wollte. Zu diesem Zweck knüpft er an einen Fall des täglichen Lebens an, weshalb die Verweisung auf gleichartige Fälle, welche den Leser anregen, seiner Anschauung zu Hülfe kommen soll, nicht befremden kann.

haften unbestrittenermassen für ihre Leute nur bei eigener Kulpa (l. 11 pr. loc.); es entspräche aber dem Geist des römischen Rechts wenig, wollte man den Pächter da befreien, wo man den Niessbraucher haften lässt.

1. Gaius bemerkt § 7 i. f.: idem scilicet intellegemus si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit, idemque ad ceteras res transferri potest.

e) Zur positiven quellenmässigen Begründung unserer Ansicht nur ein Beispiel, auf welches wegen seiner Klarheit nur hingewiesen zu werden braucht (l. 13 § 1 loc.): „Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et cum flumen Minturnense ea navis subire non posset, in aliam navem mercem transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius?[1] Labeo, si culpa caret, non teneri ait; ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idonea navi, tunc ex locato agendum.“ Wenn die Römer überhaupt eine gesetzliche Haftung für Hülfspersonen bei der Werkverdingung gekannt hätten, so wäre sie, wie schon Goldschmidt bemerkt, in diesem Fall gewiss am Platz gewesen.

II) Aus den Quellen können wir mithin keinen Grund dafür entnehmen, dass die Römer gerade hinsichtlich der Verantwortlichkeit des conductor operis für seine Gehülfen das Verschuldungsprinzip aufgegeben haben. Wir mussten zu diesem Resultat gelangen, weil in unserem Fall die innere Notwendigkeit einer Abweichung von jenem fundamentalen Grundsatz des römischen Rechts nicht vorliegt. Das ist noch näher darzulegen.

a) Von gegnerischer Seite wird vielfach folgende, auf quellenmässige Andeutungen zurückgehende Theorie vertreten: Das Wesen der locatio conductio operis liege in der universitas consummationis (l. 51 § 1 loc. 19,2; in der sonst nicht hierher gehörigen l. 5 § 1 de V. S. wird derselbe Begriff durch ἀποτέλεσμα wiedergegeben), d. h. dem durch die Arbeit des Unternehmers zu erzielenden wirtschaftlichen Erfolg. Wird dieser nicht ordnungsmässig herbeigeführt, so

1. Denn natürlich scheidet der Schiffer durch die Verladung der merces auf ein anderes Schiff aus dem Obligationsnexus nicht aus, sowenig wie (zumal bei dem Mangel direkter Stellvertretung!) der zweite Schiffer in denselben eintritt. Das ist freilich mehrfach verkannt worden.

haftet der Unternehmer, auch wenn die Nichterfüllung z. B. auf einem Verschulden von Hülfspersonen beruht. Dagegen spricht schon prima facie, dass die Römer in den Fällen der vis maior den Besteller die Gefahr tragen lassen (z. B. Dernberg Pand. II § 113 a. E.) Ausserdem könnte aus dem Gedanken der universitas consummationis nur auf eine Verantwortlichkeit für solches Verschulden der Hülfspersonen geschlossen werden, durch welches das Werk überhaupt nicht oder nur fehlerhaft zustande kam. Das ist aber, wie Goldschmidt näher ausführt, nur ein kleiner Teil der behaupteten Haftpflicht. So würden z. B. Sachbeschädigungen, welche ein Gehülfe in Ausführung seines Auftrages, aber ohne gerade die herzustellende oder zur Herstellung des opus zu verwendende Sache zu verletzen, angerichtet hat, den Prinzipal nicht verpflichten.

Vor allem aber kann m. E. der Gedanke der universitas consummationis für die Zwecke der Gegner überhaupt nicht ausgebeutet werden. Untersuchen wir einmal, welche Vorstellungen der Jurist — es ist Javolenus — mit jenem Ausdruck verbunden hat.

Javolenus setzt l. c. den Fall, dass der Besteller dem conductor die merces nicht auf einmal etwa nach Beendigung des Werks, sondern in einzelnen Raten bezahlt. Der Charakter des Rechtsgeschäfts als einer Werkverdingung geht dadurch nicht verloren, „si modo universitas consummationis (d. h. die Herstellung des Werks in seiner Gesamtheit) ad conductorem pertinet.“ Kommt ein fehlerhaftes Werk zu stande, so haftet der conductor. Anders, si ideo in operas singulas merces constituta est, ut arbitrio domini opus efficeretur: alsdann kann der Unternehmer nicht für die etwaigen Mängel des schliesslich zustande gekommenen Werks verantwortlich gemacht werden. (Uebrigens muss in solchem Fall, obschon Javolenus dies nicht sagt, wohl nicht eine loc. cond. operis, sondern ein loc. cond. operarum angenommen werden.) Die Gründe dieser Entscheidung

liegen auf der Hand. Wer die Gesamtherstellung eines Werks, die universitas consummationis, übernimmt, muss (nach der Ausdrucksweise des Juristen) gewissermassen Garantie dafür leisten, dass er das opus in tadelloser Qualität liefert: praestare domino de bonitate operis videtur. Namentlich verliert der conductor, wenn er dieser seiner Verpflichtung schuldhafter Weise nicht gerecht wird, (ganz oder teilweise) den Anspruch auf die merces, auch wenn er die zu ordnungsgemässer Herstellung des Werks normaler Weise erforderlichen Kosten sowie die entsprechende normale Arbeitsmenge aufgewendet hat, ev. macht er sich auch schadensersatzpflichtig. Nichts aber zwingt uns zu der Annahme, dass der conductor auch dann hafte, wenn das opus ohne sein Verschulden, d. h. also durch Zufall vitios geworden ist, mag selbst dieser Zufall in einer schuldhaften Handlung eines Angestellten des conductor bestehen. Vielmehr ist die von Javolenus gewollte strengere Haftung dessen, welcher die universitas consummationis übernommen hat, mit dem Kulpaprinzip wohl vereinbar, vermag daher die Meinung der Gegner nicht in überzeugender Weise zu begründen.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist zugleich die von Leonhard in seinem Gutachten für den XVII. deutschen Juristentag aufgestellte Theorie zurückgewiesen: man habe sich bei der Stipulation eines Werkvertrages regelmässig der passivischen oder gerundivischen Ausdrucksform bedient (z. B. spondesne insulam fabricari? columnam transportandam nam conducere u. s. w.), weshalb der Promittent unbedingt für den zu erzielenden Erfolg hafte. Das ist die Theorie von der universitas consummationis in neuem Gewand.

b) Andere Konstruktionen suchen die Haftung für Hülfspersonen aus dem Willen der Parteien herzuleiten.

1. Von den hier in Betracht kommenden Theorieen hat den grössten Einfluss auf Theorie und Praxis die Ubbe-

lohde's[1] gewonnen. Derselbe sieht in der dem Unternehmer hingegebenen merces zugleich eine „Assekuranzprämie," kraft deren letzterer die Versicherung aller bei Ausführung der Arbeit etwa vorkommenden Beschädigungen — also auch der durch Gehülfen verursachten — übernimmt.

Die Haltlosigkeit dieser Theorie erhellt aus folgender Erwägung: Bestimmt das objektive Recht durch eine positive Norm, dass der Unternehmer für seine Gehülfen haften solle, so werden allerdings die Preise kraft einer dem Verkehr immanenten Tendenz zur Ausgleichung sich so gestalten, dass der Unternehmer für sein erhöhtes Risiko wirtschaftlich entschädigt wird. Trifft aber das objektive Recht eine derartige Bestimmung nicht, so kann man im Zweifel aus der blossen Thatsache, dass eine Geldsumme für eine Leistung hingegeben wurde, nicht auf die Uebernahme einer Garantie für Gehülfen schliessen. Zudem ist vom Standpunkt des römischen Rechts aus gegen Ubbelohde geltend zu machen, dass der Schuldner nach seiner — in der That konsequent durchgeführten — Ansicht mindestens in allen Schuldverhältnissen des Erwerbslebens für seine Gehülfen einstehen muss. Damit lassen sich aber die Quellen nicht in Einklang bringen, wie Wyss und Goldschmidt z. T. unwiderleglich dargethan haben. Ubbelohde ist denn auch nach dem Erscheinen dieser Arbeiten von seiner Theorie zurückgetreten.[2]

Leonhard führt in dem oben erwähnten Gutachten an anderer Stelle (S. 352) folgendes aus: Zu unterscheiden sei zwischen dem Gehülfen, welcher unter Aufsicht des Schuld-

1. In Goldschmidt's Zeitschrift für Hand. R. Bd. VII sowie im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 7. Sein Einfluss zeigt sich z. B. in dem Erkenntniss des R. O. H. G. bei Seuff. 20, 139. Gegen ihn z. B. Dreyer, Jur. 7, T, 88; Eneccerus Jur. T. 11, und viele andere.

2. Bei Glück, Kommentar, Serie der Bücher 43/44 I, S. 115 Anm. 71.

ners steht, und dem, bei dem dies nicht der Fall ist. Für ersteren hafte der Prinzipal unbedingt, aber auch nur für ihn. Es soll nun ganz davon abgesehen werden, dass die Quellen nach dem in § 2 Ziff. I dieser Arbeit Ausgeführten keinen Anhalt für die Theorie Leonhards bieten und dass seine Unterscheidung praktisch auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen würde, weil jeder Gehülfe in gewisser Beziehung unter Aufsicht des Prinzipals steht.[1] Vor allem muss Bedenken erregen, wie Leonhard seine Ansicht aus dem Parteiwillen heraus innerlich begründet. Er fingiert nämlich einen Mann aus dem Volke, sagen wir X, welcher einem Käufer K. eine bestimmte Ware liefern soll; X., welcher diese Ware nicht vorrätig hat, bestellt dieselbe bei dem Lieferanten L.; und zwar hat L. den Transport an X., X den an K. übernommen. Dem X. legt nun Leonhard die Frage, ob er L. für ein etwaiges Verschulden der den Transport ausführenden Leute haftbar machen wolle oder nicht. Wenn ja, sei er seinerseits natürlich dem K. in gleicher Weise verantwortlich. X würde dann, sagt Leonhard, sich zweifellos für die Haftung entscheiden, weil er sich selbst gegen die Gefahr in der Regel durch geschickte Auswahl und Beaufsichtigung seiner Gehülfen schützen kann.

Dann müsste es doch noch weit mehr in der Absicht des X liegen, überhaupt nur soweit zu haften, als er sich „durch geschickte Auswahl und Beaufsichtigung" seiner Gehülfen schützen kann. d. h. für eigene culpa! Hätte Leonhard dem X. die Frage in der Weise gestellt: „Willst Du auch für ein Verschulden des in sorgfältigster Weise ausgewählten und überwachten Gehülfen einstehen?" so würde X. wahrscheinlich mit „nein" geantwortet haben, auch wenn ihm L. in entsprechender Weise haften müsste. Eine juristische Begrün-

1. Der fragliche Gegensatz ist nicht etwa identisch mit dem (praktisch wohl durchführbaren) von „Gehülfe" (i. eng. Sinn) und Substitut, worüber §§ 4 und 8.

dung kann, wie man sieht, derartigen Sugestivfragen, auf welche der Inquirierende leicht die gewünschte Antwort erhält, nicht entnommen werden.

1. Abicht argumentiert folgendermassen: „Der Vertrag begründet nur Pflichten zwischen Besteller und Uebernehmer. Verwendet letzterer Gehülfen, so ist das eine reine Privatangelegenheit, derentwegen er sich mit dem Gehülfen auseinandersetzen muss. Dem Besteller können daraus weder Rechte noch Pflichten erwachsen, da er ja zu dem Gehülfen in keinerlei Vertragsbeziehung getreten ist."

Das ist eine verkleidete petitio principii. Die Anstellung der Gehülfen soll „eine reine Privatangelegenheit" sein d. h. doch nur, dass der Unternehmer die Garantie für seinen Gehülfen übernimmt, dafür freilich einen Regress gegen diesen aus dem zu Grunde liegenden Dienstverhältnis hat. Zu beweisen ist nur die Garantieübernahme, von ihr aber geht Abicht aus. Er verdeckt seinen Trugschluss lediglich dadurch, dass er den Ton auf das Regressverhältnis legt und ausserdem durch Unterdrückung der ex delicto entstehenden Beziehungen zwischen Besteller und Gehülfen implicite in dem Leser die Vorstellung erweckt, der geschädigte Besteller sei anderenfalls rechtlos.

c) Endlich muss noch die Bemerkung von Brinz (Pand. II, S. 278) zurückgewiesen werden: „Was die Gehülfen des conductor thun, ist, wie sein Verdienst, auch seine Schuld. So wenig er die Mängel der Arbeit oder die Schäden der Sache u. s. w. auf seine toten Werkzeuge schieben darf, so wenig kann er die Schuld der lebendigen von sich ablehnen."[1]

Dieser Schluss ist aber unzulässig, weil der Vergleich gerade in dem Punkt, auf den es allein ankommt, nicht zutrifft. Denn in der Lehre von der Verantwortlichkeit

1. Diese Auffassung findet sich auch sonst in Theorie und Praxis, z. B. R. O. H. G. IV, 50.

des Schuldners für seine Gehülfen fragt es sich, ob und in wie weit die Folgen der Willensbethätigung einer Person einem von ihr ganz verschiedenen Rechtssubjekt zugerechnet werden können; tote Werkzeuge haben aber keinen Willen.[1]

Für das römische Recht müssen wir daher auch hinsichtlich der locatio conductio operis an dem Verschuldungsprincip festhalten.

§ 3.

Die Lage der Dinge in Deutschland.

Das alte deutsche Recht ging, wie jedes primitive Recht,[2] von der Haftung für den Erfolg, für die schädigende That an sich aus. Die Entwicklung des Mittelalters drängte zwar auf Anerkennung des Schuldmoments,[3] hat aber nicht zur Bildung eines neuen einheitlichen Haftungsprinzips geführt. Doch kehren in den territorial und der Entwicklungsstufe nach so verschiedenartigen deutschen Rechten einige Gesichtspunkte regelmässig wieder, deren Erkenntnis für die germanische Auffassung der uns beschäftigenden Fragen einen gewissen Wert besitzt.

a) Das Hauswesen hat sich in Deutschland sehr lange als eine höchst selbständige ökonomische Einheit erhalten. Der Hausherr aber erscheint nach germanischer Auffassung als dessen Verkörperung im Rechtsleben. Er ist daher der Brennpunkt, in welchem sich die Rechtswirkungen sammeln, wie sie durch die Berührung seiner Hausangehörigen mit

1. Man sucht die Haftung des conductor operis für seine Gehülfen wohl auch daraus zu erklären, dass ersterer für die sog. „technische custodia“ einzustehen habe, d. h. „für die Sache stets aufzukommen und jedwede zurechenbare Handlung der Gehülfen zu vertreten habe“ (Conradi S. 12 ff.). Warum aber der conductor operis (und nicht z. B. der Depositar) für jene technische custodia hafte, wird nicht gesagt.

2. Ueber das älteste römische Recht vgl. Iherings „Schuldmoment.“

3. Cf. z. B. SSp. I, 11; II, 23, 1.

der Aussenwelt erzeugt werden. Letztere stellen sich daher, wie Brunner es ausdrückt,[1] als pars domus dar, der Herr hat für jegliches Verschulden einzustehen, welches ihnen von Dritten zur Last gelegt wird.

Selbst hinsichtlich der freien Hintersassen der grossen Grundherrschaften (fränkischer Zeit) bestand eine eventuelle persönliche Verantwortlichkeit des Grundherrn.[2]

b) Die mit dem Satz „Hand wahre Hand“ zusammenhängende Beschränkung der Legitimation zur Anefangsklage auf den, welchem die fragliche Sache unmittelbar entwendet war, stellte den Eigentümer an sich höchst ungünstig, während der Inhaber der Gewere sich in einer sehr vorteilhaften Rechtslage befand. Diese Auffassung des Verhältnisses von Eigen und Gewere hatte aber zur Kehrseite, dass man nicht den Eigentümer, sondern den Inhaber der Gewere die Gefahr der Sache tragen liess.

Diese beiden Gesichtspunkte machen es erklärlich, dass dem deutschen Recht eine Haftung für fremdes Verschulden wohlbekannt ist, namentlich dass ein Handwerksmeister — wie in den Quellen durchweg anerkannt ist,[3] — für die Gesellen einzustehen hat, welche er mit den ihm aufgetragenen Arbeiten betraut. Mit der Ausbildung der neueren Industrieverhältnisse wurde dieser Satz aber zu einem ius singulare, man könnte sagen zu einem privilegium odiosum der Handwerker. Den Zusammenbruch der Zunftverfassung, deren Erzeugnis er war, vermochte er nicht zu überdauern.

Das römische Verschuldungsprinzip freilich erwies sich der Sturmflut wirtschaftlicher Aenderungen gegenüber, welche nach dem Absterben der alten Gewerbeverfassung über Deutschland hereinbrach, als gänzlich unzureichend. Es gewährt im modernen Verkehr nur da dem Publikum

1. Deutsche Rechtsgeschichte I, § 12.
2. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 47.
3. Citate bei Matajo, S. 76.

ausreichenden Schutz, wo der conductor, oder sagen wir allgemeinen der Schuldner an der Ausführung der konkreten geschuldeten Leistung mehr oder minder persönlich mitbeteiligt ist. Das gilt nur noch von gewissen Kleinbetrieben, namentlich solchen des Handwerks und des Fuhrwesens;[1] diese sind aber gerade dadurch den modernen Riesenbetrieben gegenüber unverhältnismässig benachteiligt. Letztere funktionieren, möchte man sagen, mehr vermöge der in sie gelegten Organisation und Arbeitskraft — gewissermassen von selbst —,[2] als dass der Wille des Eigentümers überall in ihnen thätig würde. Nur selten wird daher der durch einen Grossbetrieb Geschädigte der Verwaltung ein Verschulden nachweisen können, und auch hinsichtlich der diligentia in eligendo, welche letztere in Kontraktsverhältnissen darzuthun hätte (vgl. § 4), kann man der ganzen Lage der Dinge nach von dem Arbeitgeber nicht mehr als den Nachweis gewisser Formalitäten verlangen; in anderen Fällen, in denen ein Unternehmer Freiheit von culpa für sich in Anspruch nimmt, befindet er sich wenigstens infolge seiner fachtechnischen Kenntnisse, welche in der Regel dem Kläger wie dem Gericht abgehen, in einer thatsächlich bevorzugten Lage.

Fernerhin besitzt die pünktliche und fehlerlose Erfüllung von Verbindlichkeiten in den komplizierten Verhältnissen des heutigen Wirtschaftslebens eine weit höhere Bedeutung als jemals. Das einzelne Rechtsgeschäft ist häufig ein Glied in einer ganzen Kette von Spekulationen, seine gehörige Erfüllung wird damit zur Bedingung für den Erfolg des gesamten Unternehmens. Je weniger Einreden aber das Gesetz dem Schuldner offen lässt, um so grössere Sorgfalt

1. Speciell über diesen Punkt R. Hilse, Haftung der Strassenbahnen und sonstigen Fuhrwerksbetriebe S. 183.

2. Aus dieser Vorstellungsweise heraus spricht Unger (in Iherings Jahrbüchern Bd. XXX, S. 413) von einer „eigenen Schuld" des Unternehmens.

wird er auf die Erfüllung seiner Verpflichtungen verwenden.[1] Zieht man endlich in Betracht, dass die oben erwähnte Haftung des Meisters für seine Gesellen noch immer tief im deutschen Rechtsbewusstsein wurzelt, so wird man die Haftung des Unternehmers für seine Leute unter den jetzigen Umständen, zum mindestens in kontraktlichen Verhältnissen, für volkswirtschaftlich wie rechtspolitisch gleichmässig berechtigt erklären müssen.[2]

Abschnitt II. Das geltende Recht.

§ 4.

Das gemeine Recht.

Die Ausführungen des vorigen Abschnitts werden gezeigt haben, dass das römische Recht, was die Haftung für Gehülfen angeht, gegenwärtig nicht mehr den Anforderungen des Verkehrs und den Anschauungen des Lebens entspricht. Die Verantwortlichkeit des Schuldners muss gesteigert werden. Wahrhaft brennend ist die Frage in den letzten (vier bis fünf) Jahrzehnten geworden, welche uns eine so gewaltige Ausdehnung und Vermehrung der Grossbetriebe gebracht haben. Daraus erklärt sich, dass, während

1. Auf diesen Punkt macht Mataja aufmerksam.

2. Darin liegt auch keine Unbilligkeit gegenüber dem Arbeitgeber. Die Zahl der Fälle, in denen die Gehülfen ihn schadensersatzpflichtig machen, ist doch verschwindend gering gegenüber der Zahl der sich normal abwickelnden Geschäfte. Legt nun das Gesetz dem Geschäftsherrn die Haftung für seine Gehülfen auf, so werden die ihm dadurch verursachten Mehrkosten wirtschaftlich den Charakter von Spesen annehmen und, wo sie bedeutend genug sind, als eine entsprechende Preissteigerung in die Erscheinung treten.

Burchardi („Die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen", 1861, S. 3) klagt, unsere Lehre sei von der Theorie bisher in auffallender Weise vernachlässigt worden, gegenwärtig schon eine stattliche Anzahl von Monographieen vorhanden ist, welche sich mit unserer Frage ex professo beschäftigen.[1] Mit unendlicher Mühe nimmt die gemeinrechtliche Wissenschaft hier die Sisyphusarbeit auf sich, in das reine römische Recht des corpus juris die Haftung des (schuldlosen) Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen hineinzutragen; und die aus der inneren Unmöglichkeit dieser Aufgabe erwachsenden Schwierigkeiten haben zu dem erstaunlichen Anschwellen der einschlägigen Litteratur gewiss erheblich beigetragen.

Bereitwillig ergriff natürlich die Praxis die ihr von der Theorie gebotenen Auskunftsmittel, um den Bedürfnissen der Rechtsuchenden nach Möglichkeit entgegenzukommen. Namentlich hat die in der That auf den ersten Blick bestechende Theorie von der universitas consummationis in der Rechtsprechung viel Anklang gefunden. Das Reichsgericht hat sich ihr angeschlossen, ja sie sogar organisch fortgebildet, indem es die Haftung für Gehülfen folgerecht bei allen auf Herbeiführung eines festbestimmten Erfolges gerichteten Verbindlichkeiten (z. B. denen aus einem Agenturvertrag) eintreten lässt.[2] Immerhin fehlt es in der Praxis nicht an Dissentienten.[3] Man wird daher dem Reichsgericht kaum zustimmen können, wenn es in einem 1882 ergangenen Urteil (bei Seuff. 38. 20) die von unsern Gegnern behauptete Haftung des conductor operis als einen „allgemein aner-

1. Mit den § 2 Anm. 11 genannten Arbeiten von Ubbelohde und den Gutachten von Dreyer, Leonhard, Meyer für den Jur. T. übersteigt ihre Zahl bereits ein Dutzend.

2. R. G. bei Bolze 2, 610; 920; 12, 256; 18, 394.

3. Z. B. Seuff. 1, 338; 3, 148, 13, 140; 33, 194.

kannten Grundsatz behandelt, zumal wir uns auf Autoritäten wie Goldschmidt und Windscheid[1]) berufen können.

Von der Bildung eines mit der Uebung des Reichsgerichts übereinstimmenden Gewohnheitsrechts wird man keinesfalls reden können. Wir müssen daher auch für das gemeine Recht an der — ja auch sonst vielfach so unzureichenden — römischen Lehre, d. h. hier dem Verschuldungsprincip festhalten. Von dieser theoretischen Grundlage aus aber kann man durch eine den veränderten Verhältnissen angemessene Anwendung und Fortbildung der römischen Normen die schreiendsten Missstände einstweilen beseitigen. Das wollen wir im folgenden darstellen, den Wegen der Praxis nachgehend.

I.) Nach römischem Recht trat die Haftung für die Gehülfen hauptsächlich in den typischen Fällen der culpa in eligendo, in custodiendo und der unerlaubten Zuziehung von Hülfspersonen ein. Die beiden erstgenannten Verschuldungsarten haben, wie im § 3 ausgeführt, an praktischer Bedeutung eingebüsst, in ihrem juristischen Wesen ist eine Aenderung aber nicht eingetreten. Einer besonderen Betrachtung mit Rücksicht auf die veränderten Verhältnisse bedarf aber die unerlaubte Zuziehung von Hülfspersonen.

Dieselbe war in Rom bei allen Rechtsverhältnissen grundsätzlich gestattet, selbst z. B. beim Mandat[2] — erklärlicher Weise, da die Uebernahme eines Mandats (im reinen römischen Sinn) sich im wesentlichen als Gefälligkeit darstellt, daher benigne zu interpretieren ist. Unstatthaft war die Gehülfenzuziehung, wenn ihr der Wille der Parteien oder die Natur der Sache entgegenstanden. Diese Unstatthaftigkeit aber wird heutzutage weit häufiger als in Rom anzunehmen sein. Namentlich muss man in der Regel für

1. Pand. II. § 401 Anm. 5.

2. L. 11. J. mand. 3, 26. Die oben aufgestellten positivrechtlichen Behauptungen sind unbestritten, weshalb von Citaten abgesehen wird. Dieselben finden sich z. B. bei Wyss S. 11.

unzulässig erklären, dass der Schuldner die Gesamtheit der den Inhalt seiner Verpflichtung ausmachenden Leistungen einer selbstständig zu Werke gehenden dritten Person (sog. Substituten) zur Ausführung überträgt, während ihm allerdings im Zweifel — bei grösseren Unternehmungen immer — die Zuziehung von Personen, welche unter seiner Leitung durch einzelne, an sich unselbstständige Arbeiten zur Herstellung des gewünschten Erfolges mitwirken (sog. „Gehülfen" in eng. Sinn) zugestanden werden muss. Eine sichere Entscheidung aber lässt sich immer nur aus den Eigentümlichkeiten des Einzelfalls gewinnen; der Gegensatz zwischen Gehülfen und Substituten trägt eben einen rein thatsächlichen Charakter.[1])

II,) Wird schon durch die (unter Ziff. I. besprochene) Verengerung der Substitutionsbefugnis die Haftung des Schuldners dem römischen Recht gegenüber gesteigert, so erfährt der Verschuldungsbegriff eine praktisch viel erheblichere Erweiterung durch einen anderen Umstand: die gesteigerten Anforderungen nämlich, welche die Schärfe der wirtschaftlichen Kämpfe der Gegenwart an den einzelnen stellt, erhöhen auch den Grad der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit die Möglichkeit eines Verschuldens.

So betraut, wie das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. 4, 50) ausführt, der Besteller in ausserordentlich vielen Fällen den Unternehmer nur mit Rücksicht auf dessen besondere Arbeitstüchtigkeit und bewährte Sorgfalt, die dann natürlich auch bei der Verwendung von Gehülfen zu beobachten ist, mit der Ausführung des Werks. Aber auch im allgemeinen wird man dem Obersten Landesgericht von

1. Anders, wo die unbedingte Haftung des Principals gesetzlich statuiert (B. G. B.) bezw. dem Gesetz untergeschoben wird (Burchardi, Abicht). Ueber das B. G. B. in § 8. Burchardi will zwar für den Gehülfen, aber nicht für den Substituten haften lassen. So nach seinem Vorgang auch andere, z. B. Abicht, Conradi.

Baiern zustimmen dürfen, welches bei Seuff. 30, 144[1]) bemerkt, eine Fahrlässigkeit liege schon vor, wenn sich dem Handelnden das Bewusstsein aufdrängen musste, dass seine, an die Grenze fremden Eigentums oder fremder Rechte überhaupt streifende Thätigkeit Schaden herbeiführen könne.

Von dieser Ausdehnung des Schuldbegriffs ist es nur noch ein Schritt, wenn, wenn es bei Seuff. 14, 208 heisst: „Führt der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven notwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich, so ist die Eisenbahn für einen durch dieselbe entstandenen Schaden ersatzpflichtig.“ Eine derartige kulpose Handlungsweise lag nach dem betr. Urteil in dem Erguss von Funken auf fremdes Eigentum, indem der Lokomotivführer wissen musste, dass sein Thun einen Schaden verursachen konnte.

Die Vorstellungsweise hat nun die Brücke zur Bildung eines hochbedeutsamen und vor Erlass des Reichshaftpflichtgesetzes unentbehrlichen gemeinen Gewohnheitsrechtes geführt, welches, von dem Kulpaprincip absehend, ganz allgemein für die grossen Transportanstalten der neueren Zeit, namentlich die Eisenbahnen, eine Haftung des Transportunternehmers für Verletzungen des Transportvertrages durch seine Leute (sowie für ausserkontraktliches Verschulden derselben, was hier aber nicht in Betracht kommt) statuiert. „Eine allgemeine Rechtsüberzeugung dieses Inhalts bethätigt sich sowohl durch die genannten Transportanstalten als auch durch die Praxis der Gerichte“ (O. A. G. Leipzig bei Seuff. 30, 145). Man darf in der That ein derartiges Gewohnheitsrecht mit dem Reichsoberhandelsgericht als „un-

1. Aehnlich Seuff. 35, 25. Viele praktische Fälle bei Dreyer. Jur. T. I, S. 53. Das im folgenden Auszuführende trifft für kontraktliche und ausserkontraktliche Schadenszufügung gleichmässig zu. Auch Fälle der letzteren, welche zur richterlichen Kognition gekommen sind, werden daher z. T. in der weiteren Darstellung verwertet werden können.

zweifelhaft" betrachten.[1]) Es hat allerdings durch die im Handelsgesetzbuch erfolgte Regelung des Frachtvertrages, das Reichshaftpflichtgesetz und z. T. auch durch die Eisenbahnreglements (Bestimmungen über Verlust und Beschädigung von Handgepäck!) an Aktualität viel verloren. Es könnte heutzutage z. B. dann noch zur Anwendung gelangen, wenn die Bekleidung einer reisenden Person oder Schmuckgegenstände, die sie auf dem Leibe trägt, bei einem Unfall beschädigt werden.[2]) In der gemeinrechtlichen Doktrin wird jenes Gewohnheitsrecht auffälliger Weise kaum beachtet.

Gemeinsam ist allen bisher besprochenen Fällen der Haftung des Prinzipals für seine Hülfspersonen, dass letztere ihn nur insoweit verpflichten, als sie sich ein Versehen bei Ausführung (opp.: bei Gelegenheit) der ihnen aufgetragenen Verrichtung haben zu Schulden kommen lassen. Das ist anerkannt.[3] Was die Schlagworte „bei Ausführung" und „bei Gelegenheit" besagen, wird in § 9 ausführlich erörtert werden. Hier sei nur im allgemeinen folgendes hervorgehoben: Erst dadurch, dass der Gehülfe in Ausführung der ihm aufgetragenen, dem Gläubiger geschuldeten Leistung letzteren schädigt, wird die Verbindung zwischen der Obligation, aus welcher der Gläubiger auf Ersatz klagt, und der schädigenden Handlung juristisch hergestellt.

1. R. O. H. G. 12, 79; 21, 286. Seuff. 10, 161; 16, 22; 34, 212; 39, 302; 44, 311. Material giebt Koch, Deutschlands Eisenbahnen II, 133 und passim. Stobbe, Deutsches Privatrecht III, 390 verhält sich zweifelhaft, jedoch ohne nähere Begründung.

2. Vor Erlass des R. Sch. G. war zweifelhaft, ob Dampfschiffahrtsgesellschaften (auf die sich auch Reichshaftpfl. Ges. § 1 nicht bezieht) von unserem Gewohnheitsrecht betroffen würden. Seuff. 41, N. 103 spricht sich dagegen aus. Vgl. übrigens § 5 dieser Arbeit.

3. Goldschmidt S. 294. Besondere Umstände können natürlich eine Ausnahme begründen.

Hat aber einmal der Kläger hiernach den Zusammenhang zwischen Obligation und Schadenszufügung dargethan, so ist der Beklagte, falls er nicht seine Schuldlosigkeit nachweist, zu verurteilen; denn nach allgemeinen Grundsätzen muss, wer innerhalb eines Vertragsverhältnisses einen bestimmten Grad von diligentia zu prästieren hat, in Zweifelsfällen deren Anwendung beweisen. Gleichgültig muss dabei bleiben, ob der Schaden den unmittelbaren Gegenstand der herzustellenden Arbeit oder eine andere Sache des Klägers betroffen hat, obschon Dernburg (Pand. II, S. 104) ohne nähere Begründung in letzterem Fall dem Kläger die Beweislast aufbürden zu wollen scheint.

Verteilt man aber die Beweislast in der angegebenen Weise, wie dies in der Praxis regelmässig geschieht, so erreicht man damit eine nicht unbeträchtliche Milderung der dem Verschuldungsprincip innewohnenden Härte, wofür sich eine Anzahl oberstrichtlicher Entscheidungen anführen lässt.[1]

III. Das so gestaltete Verschuldungsprinzip erleidet aber noch eine positive, für den Verkehr wichtige Ausnahme durch die der modernen Rechtsentwicklung angepasste Anwendung der actio institoria.[2]

Das römische Recht liess den dominus aus dem Kontrakt seines institor, d. h. also seines Gewerbegehilfen, für die von letzterem innerhalb seiner normalen Vollmacht eingegangenen Verbindlichkeiten adjekticisch haften. Der institor hatte nun wegen der selbständigen Stellung, welche er in der Regel einnahm,[3] oft auch die Ausführung der

1. Seuff. 13, 251; 15, 221; 18, 58; 27, 231; 29, 177.

2. Die folgenden Ausführungen finden entsprechende Anwendung auf die actio quasi institoria. Die act. exercitoria ist durch H. G. B. Buch V antiquiert.

3. Diese — für unsere Beweisführung übrigens gleichgültige — Thatsache ergiebt sich zumal daraus, dass die Quellen den tabernae praepositus als den Normalfall des institor auffassen (D. 14,3).

von ihm abgeschlossenen Geschäfte zu besorgen. Wenn er den Gegenkontrahenten hierbei vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise schädigte, also die ihm obliegende kontraktliche diligentia ausser Acht liess, so stellte sich die daraus erwachsende Schadensersatzpflicht als eine Erweiterung seiner vertraglichen Verbindlichkeit dar, dieselbe konnte daher adjekticisch auch gegen den Herrn geltend gemacht werden. Hat nun auch im gemeinen Recht die Haftung des letzteren infolge der Einführung der direkten Stellvertretung ihren adjekticischen Charakter abgestreift, so richtet sich doch das Mass dieser Haftung nach den römischen Grundsätzen. Man muss daher den Principal für ein Verschulden seines Handlungsbevollmächtigten (oder Prokuristen) — genauer wäre „Gewerbebevollmächtigten", da man sich auf das Gebiet des Handels nicht zu beschränken braucht — jedenfalls dann haften lassen, wenn der betr. Angestellte innerhalb seiner den Umständen nach üblichen Vollmacht[1] den Vertrag abgeschlossen, den Fehler aber in Erfüllung der dadurch geschaffenen Verbindlichkeit begangen hat. Beide Thatsachen hat der Kläger als Bestandteile der Passivlegitimation zu beweisen. Das Reichsgericht (Bd. 12, N. 24) sieht nun aber von dem Beweis der erstgenannten Thatsache ab und gelangt dadurch zu dem Schluss, dass der Prinzipal gemeinrechtlich für das Verschulden seiner Handlungsbevollmächtigten allgemein einzustehen habe. Das kann nicht zugegeben werden. Mit Unrecht beruft sich das Reichsgericht auf eine angeblich präjudizielle Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts. Hier hatte ein Prokurist bei Abschluss seines Geschäfts den Gegenkontrahenten betrogen; sein Prinzipal wurde zum Schadensersatz verurteilt, da das betr. Geschäft an sich zur Vollmacht des Prokuristen gehörte. Dass aus diesem völlig sachgemässen Urteil nicht auf die Haftung des dominus für Erfüllungshandlungen

1. cf. l. 11 § 2 de inst. act. 14,3.

geschlossen werden darf, braucht nach dem Vorangegangenen nicht mehr ausgeführt zu werden.

§ 5

Die deutsche Gesetzgebung.

I) Die modernen Kodifikationen haben sich, obwohl die Lage der Dinge in Deutschland eine vom gemeinen Recht abweichende Regelung der Unternehmerhaftung dringend erforderte, dem Bannkreis des römischen Rechts nicht entziehen können. So ist namentlich das A. L. R.,[1] obwohl es sich durch eine kleinlich-kasuistische Normierung den Bedürfnissen des Verkehrs möglichst anzuschmiegen versuchte, über das gemeine Recht seiner Zeit nicht hinausgekommen. Grundsätzlich hält es an dem Verschuldungsprinzip fest; nur müssen Gastwirte (nach dem Vorbild des römischen Rechts) und conductor operis (wie es auch die damalige gemeinrechtliche Theorie vorschrieb) für ihre Gehülfen einstehen. Eine Abweichung vom römischen Recht liegt darin, dass die Substitutionsbefugnis des Schuldners grundsätzlich verneint wird, so auch hinsichtlich des Mandats; der römische Grundsatz tritt aber wieder ein, wenn die Substitution kraft ausdrücklicher Abrede oder der Natur der Sache nach zulässig ist, oder wenn das Geschäft keinen Aufschub leidet, der Unternehmer selbst aber persönlich verhindert ist.

Noch hinter dem A. L. R. bleibt das S. G. B. zurück, auch in dieser Beziehung seine romanistische Färbung nicht verleugnend. Nicht einmal der conductor operis haftet für ein Verschulden seiner Gehülfen. Die sächsische Praxis hat freilich den Versuch gemacht, das Gegenteil in das Gesetzbuch hineinzutragen. Zu welchen Mitteln sie ihre Zuflucht nehmen musste, um sich juristisch zu rechtfertigen,

1. Das positive Material bei Goldschmidt S. 364; Dernburg, Preuss. Privatrecht II, S. 918 cf. 167.

mag man aus einem Erkenntnis des O. A. G. Dresden[1] ersehen. Hier greift das Gericht zur Erklärung des S. B. G. auf das gemeine Recht zurück und schiebt diesem den Satz unter, dass die Schadensersatzpflicht ex lege Aquilia nur eine unberechtigte Handlung voraussetze; lediglich „solche Schadenszufügungen, die als zufällig zu betrachten sind, begründen keine Ersatzpflicht." Dann wäre also die Zufälligkeit vom Beklagten zu beweisen!

Diesen Versuchen gegenüber hat Goldschmidt S. 379 unwiderleglich dargethan, dass die Haftung des Werkunternehmers für seine Hülfspersonen sich mit Geist und Wortlaut des S. B. G. durchaus nicht vereinen lasse. In der That hat die sächsische Praxis später von ihrem vergeblichen Bemühen Abstand genommen.

Auch der Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts bietet in art. 216 nichts als eine Formulierung des Verschuldungsprinzips in Anwendung auf die Haftung für Gehülfen. Für den „Dienstverdinger" (locator operarum) und den Mandatar ist die Substitutionsbefugnis grundsätzlich ausgeschlossen; der conductor operis „darf das Werk unter seiner Leitung durch andere ausführen lassen;" für den erlaubter Weise zugezogenen Substituten oder Gehülfen wird auch hier nur wegen eigenen Verschuldens gehaftet.[2]

II) Das H. G. B. geht im Gebiet des Seerechts (art. 451, 452) über das römische Recht hinaus und im Anschluss an das H. G. B. auch das B. Sch. G. (§§ 3 und 59, 7). Rheder und Schiffseigner haften hiernach für das Verschulden ihrer Schiffsbesatzung, jedoch nur mit dem Schiffsvermögen. Wegen dieser Beschränkung sowie überhaupt wegen der eigentümlichen Rechtsverhältnisse der Schifffahrt haben aber die citierten

1. Annalen des O. A. G. Dresden X, 499.

2. Nicht besser das österreichische Gesetzbuch; cf. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, in Iherings Jahrbüchern XXX, S. 386, 387

Gesetzesstellen keine grundsätzliche Bedeutung für das bürgerliche Recht. Wir sehen daher von ihrer weiteren Behandlung ab.

Von welchem Prinzip das H. G. B. im allgemeinen ausgeht, ist strittig. Die Frage wird hauptsächlich praktisch im Recht der Spedition. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des art. 380 haftet nämlich der Spediteur hinsichtlich der Frachtführer, Schiffer und Zwischenspediteure nur für culpa in eligendo. Kann man nun aus dieser Bestimmung mit dem Reichsgericht[1] ein argumentum a contrario dafür entnehmen, dass der Spediteur für die in art. 380 nicht genannten „Hülfspersonen" unbedingt einzustehen habe?

Nein, denn Frachtführer u. s. w. sind überhaupt nicht Hülfspersonen in unserem Sinn. Die Pflicht des Spediteurs geht doch nur auf Auswahl des Frachtführers, wie das Reichsgericht selbst an anderer Stelle[2] anerkennt, letzterer erfüllt durch Ausführung des Transports eine eigene Verbindlichkeit, nicht eine solche des Spediteurs, ist mithin keine „Hülfsperson" des letzteren.

Der richtigen Ansicht nach ist vielmehr im H. G. B. kein selbständiges Prinzip enthalten, so dass man im Einzelfall auf das betr. Landesrecht zurückgreifen muss. Dafür spricht vor allem auch die Vorgeschichte des H. G. B.

Preussen hatte bei der zweiten Lesung des Entwurfs zum H. G. B. die Verhaftung des Prinzipals aus Verschulden seiner Faktoren, d. h. Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen beantragt.[3] Der Vorschlag wurde aber aus rechtspolitischen Gründen abgelehnt. Eine derartige Bestimmung verstosse fast durchweg gegen das geltende Recht, man könne dem Handelsstand aber in dieser Beziehung keine

1. R. G. 10,68, bei Seuff. 39,11.
2. Seuff. 38,30.
3. Protokolle 4518, 4519.

Sonderstellung anweisen (in der That wären sonst die Kaufleute den anderen Gewerbetreibenden gegenüber benachteiligt worden), endlich würden sich an den vorgeschlagenen Artikel so erhebliche und schwierige Auslegungsfragen knüpfen, dass man doch zu keiner Rechtseinheit gelangen könnte. Man verzichtete daher auf letztere von vorn herein; das bürgerliche Recht sollte in der Frage nach der Haftung für Hülfspersonen zur Anwendung kommen.

Diesem Grundsatz thut auch der erwähnte art. 380 keinen Abbruch, da er sich, wie bemerkt, überhaupt nicht auf Hülfspersonen des Spediteurs bezieht. Nur die Haftpflicht des Frachtführers für seine Leute hat in H. G. B. eine positive Regelung gefunden. art. 400 bestimmt nämlich im Anschluss an ein altes deutsches Gewohnheitsrecht: „Der Frachtführer haftet für seine Leute und andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Transportes bedient." Unter diesen „Leuten" sind z. B. bei einer Eisenbahn auch die Personenschaffner, Lampenputzer u. dgl. zu verstehen. Die Haftung des Frachtführers beschränkt sich daher nicht auf den Schaden, welcher der Ware durch die speziell mit ihrem Transport beauftragten Personen, und zwar unmittelbar bei Ausführung desselben zugefügt worden ist, sondern sie tritt, wie das Reichsgericht (Entsch. 7, 128) ausführt, schon ein, wenn die Anstellung im Gewerbebetrieb der Eisenbahn und die infolge davon eingetretenen Umstände der betr. Person thatsächlich Veranlassung zur Vornahme der schädigenden Handlung gegeben haben oder wenn die Handlung dadurch erleichtert[1] oder begünstigt worden ist.

III. Im Gegensatz zu den bisher genannten Entwürfen und Gesetzen hat sich der C. c. (und mit ihm das Badische Landrecht) den deutschen und modernen Rechtsgedanken zu eigen gemacht. Nicht allein, dass art. 1797 kurz und

1. Besser hiesse es wohl: „erheblich erleichtert."

bündig die Haftung des entrepreneur (conductor operis) für die Personen, welche er beschäftigt, ausspricht, heisst es in dem berühmten art. 1384: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre:

1. le père et la mère après le décès du mari du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant chez eux;

2. les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

3. les instituteurs et les artisans du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

Im Fall 1 und 3 ist der Entlastungsbeweis zugelassen, dass der aus art. 1384 Beklagte, trotz der Anwendung gehöriger Sorgfalt den Schaden nicht habe abwenden können.

Dem art. 1384 liegt offenbar der deutschrechtliche Gedanke von der Haftung des Hansherrn für seine Hausangehörigen, wenn auch in moderner Umgestaltung, zugrunde. Dafür spricht die ganze Formulierung des gesetzgeberischen Willens. Aus diesem Grundprinzip erklärt sich auch die auffällige Erscheinung, dass der art. 1384 kontraktliche und ausserkontraktliche Verhältnisse nicht unterscheidet.[1]

---

1. Mataja will freilich (S. 76 Anm. 3) den art. 1384 nicht auf Vertragsverletzungen anwenden, da der art. in dem Kapitel von den Delikten und Quasidelikten stehe. Er geht dabei von der Voraussetzung aus, dass die betr. beiden Fälle der Schadenszufügung mit Notwendigkeit unter verschiedene Gesichtspunkte fielen. Das gilt zwar für das römische Recht und sein Aktionensystem, aber nicht für das deutsche Recht. Es ist daher dem modernen germanischen Recht auch ganz geläufig, kontraktliche und ausserkontraktliche Schadenszufügung durch Gehülfen gleichmässig zu behandeln. So das anglo-amerikanische Recht (v. Bar, Grünhuts Zeitschrift IV, 70), der Entw. zum H. G. B.

Dem gegenüber wirkt es auf den deutschen, historisch gebildeten Juristen befremdend genug, wenn der Schöpfer des C. c., die französische Doktrin und die Praxis übereinstimmend den art. 1384 auf eine praesumtio iuris et de iure für eine culpa in eligendo, zumal aber culpa in custodiendo des ja in der That aufsichtspflichtigen Beklagten zurückführen. Man befreit daher den Geschäftsherrn von seiner Ersatzverbindlichkeit, wenn er nach Lage der Dinge dem Beauftragten überhaupt keine festen Weisungen zu erteilen hatte. So hat regelmässig der dominus für seinen Substituten (z. B. der Bauunternehmer für den Maurermeister[1]) nicht einzustehen.

Der bairische Entwurf schliesst sich in Teil II, art. 62 ff. ebenso wie der dem Verf. leider nicht zugängliche hessische Entwurf an die Normen des C. c. an, mit der Begründung, dass „das Gesetz, da die Verrichtungen der Beauftragten oder Dienstpersonen im Interesse ihrer Vollmachtgeber oder Dienstherren geschähen, aus höheren Rücksichten auf das Interesse dritter Personen die Gefahr der Ausführung auf sie selbst übertrage." Der damit geschaffene klare Grundsatz wird dann aber dadurch verdunkelt, dass der Unterschied zwischen Gehülfen und Substitut in wenig glücklicher Weise verwertet ist.[2]

Auch das Schw. O.[3] nähert sich dem C. c. Es unterscheidet kontraktliche und ausserkontraktliche Verhältnisse im Sinne unseres B. G. B; in jenen haftet der Prinzipal

---

art. 53 (später abgelehnt), der gleich zu erwähnende bairische Entw., das B. Sch. G. u. s. w. Die franz. und rheinische Praxis hat daher keinen Anstand genommen, art. 1384 auf kontraktliche Verhältnisse anzuwenden.

1. R. G. bei Bolze 16,287.

2. art. 491, 512, 695, 696. Zur Erläuterung können dienen Motive S. 77 und 166.

3. art. 62, 63, 115.

unbedingt für die Gehülfen, in diesen tritt nur eine Verschiebung der Beweislast ein. In der Formulierung schliesst sich das Gesetz aber an den C. c. an.

Anhang.

Da die durch die moderne Gesetzgebung so wichtig gewordene Haftung bis zur vis maior faktisch tief in die uns beschäftigenden Fragen eingreift, so mag im folgenden wenigstens eine Andeutung über das begriffliche Verhältnis der vis maior zu dem Verschulden von Hülfspersonen gegeben werden.

Kann das Verschulden einer Hülfsperson vis maior für den Unternehmer sein? Entscheidend für die Antwort ist die begriffliche Fixierung der höheren Gewalt.[1]

Folgt man der sog. „subjektiven Theorie", als deren Vertreter z. B. Dernburg die vis maior etwa als den Inbegriff ganz ausserordentlicher Ereignisse formuliert, auf deren Möglichkeit im Verkehr nicht gerechnet wird, so giebt es allerdings Fälle einer Gehülfenverschuldung, die sich als höhere Gewalt darstellen. Wird also der Fahrgast einer Eisenbahn durch ein derartiges Verschulden verletzt, so würde ersterer aus dem Reichshaftpflichtgesetz § 1 nicht mit Erfolg gegen die Eisenbahn klagen können.[2] Das dürfte doch der Absicht des Gesetzgebers widersprechen. Zu einem

1. Das verkennt Abicht S. 37 gänzlich. Sein Resultat entbehrt daher des logischen Fundaments.

2. Doch wäre dem Verletzten im Gebiet des gemeinen Rechts eine Ersatzklage aus dem im § IV, 1 genannten Gewohnheitsrecht zu gewähren.

gesunderen Resultat gelangt man, wenn man sich der objektiven Theorie anschliesst, zumal es immerhin dem Wortsinn widerstrebt, die bewusste Handlung einer Hülfsperson als höhere Gewalt aufzufassen. Danach muss also z. B. die Eisenbahn nach dem Reichshaftpflichtgesetz oder der Gastwirt nach B. G. B. § 701 für ein Verschulden von Hülfspersonen unbedingt einstehen.

Zweites Kapitel.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 6.

Das Prinzip des § 278.

Um die wissenschaftliche Grundlage für die Interpretation des § 278 B. G. B. zu gewinnen, müssen wir zunächst untersuchen, ob und in wie weit sich die in ihm ausgesprochene Haftung auf ein juristisches Prinzip zurückführen lässt. Die bisherige Litteratur hat, wie begreiflich, Konstruktionsversuche zum § 278 kaum geliefert. In dem negativen, d. h. kritisierenden Teil der folgenden Darstellung haben wir es daher nicht — wenn die Wendung gestattet ist — mit aktuellen, sondern mit potentiellen Gegnern zu thun; es werden gewisse Theorieen abzuweisen sein, die man zwar noch nicht zur Erklärung unserer Gesetzesstelle verwendet hat, aber doch möglicherweise in Zukunft verwenden wird.

Im allgemeinen ist festzuhalten, dass das B. G. B. von dem Verschuldungsprinzip ausgeht. Nach § 276 hat der Schuldner, sofern nichts anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, und nach § 823 bleibt Verschulden grundsätzlich Voraussetzung einer deliktischen Ver-

bindlichkeit. Das angeblich deutschrechtliche[1] Veranlassungsprinzip, demzufolge auch der schuldlose Verursacher eines Schadens diesen zu ersetzen hat, ist danach nicht durchgedrungen. Die einzelnen Abweichungen vom Verschuldungsprinzip müssen daher in anderweitigen, speziellen Gründen ihre Erklärung finden.

I. Dass man dem § 278 nicht eine praesumtio iuris et de iure für ein Verschulden des Schuldners unterschieben darf, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden. Auch die Annahme eines stillschweigenden debitorischen Garantieversprechens, welches unser Paragraph ausdrücklich sanktioniere, läuft auf eine blosse Fiktion hinaus. Denn bei unentgeltlichen Verträgen ist dem Schuldner derartiges nicht zuzumuten, und hinsichtlich der entgeltlichen lässt sich gegen die Vermutung einer Garantieübernahme dasselbe geltend machen, wie gegen die Assekuranztheorie von Ubbelohde (§ 2).

II. Unzulässig ist es auch, die Hülfspersonen darum als Stellvertreter aufzufassen, weil auch diese den Vertretenen durch ihre Handlungen verpflichten. Das hat allerdings Dreyer (Jur. T. I S. 94ff) de lege ferenda versucht; nach dem B. G. B. aber sind zweifellos die Stellvertreter und die Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, grundverschieden. Auch das bedarf keiner näheren Erläuterung.

III. Man könnte ferner versucht sein, die Vorstellungsweise Gierkes (Genossenschaftstheorie S. 803) in das B. G. B. hineinzutragen. „Der Ursprung aller Haftung für fremdes Verschulden liegt in der ehemaligen Einheit des häuslichen Verbandes, den der Hausherr als Träger dieser Einheit nach innen zu beherrschen und nach aussen zu vertreten hatte. Immer aber ist bei allen Verzweigungen des Phänomens der eigentliche Grund der Haftung ein Herrschaftsverhältnis ge-

1. Vgl. darüber Rümelin a. a. O. S. 27/28.

blieben; der durch dasselbe geschaffene Zuwachs an Willensmacht führt zu einer entsprechenden Verantwortlichkeit für Willensfehler innerhalb der betreffenden Sphäre."

Gewiss hat der auch von uns in § 3 betrachtete Gedanke von der Haftung des Hausherrn einen deutschen Gesetzgeber beeinflussen müssen, zum Prinzip des B. G. B. ist er aber nicht erhoben. Erstens nämlich hat § 831 B. G. B. die unbedingte Verantwortlichkeit aller in einer „Herrschaftsstellung" Befindlichen für ausserkontraktliches Verschulden ihrer Angestellten verneint (anders C. c.), und zweitens setzt § 278 durchaus kein „Herrschaftsverhältnis" voraus (wie dies in der That der C. c. thut), denn er würde z. B. auch in den unzähligen Fällen des praktischen Lebens zur Anwendung kommen, in denen ein Schuldner, etwa ein Entleiher oder Mieter (conductor rei), die geschuldete Sache einem Freunde oder einem Dienstmann oder einer Transportanstalt zwecks Zustellung an den Eigentümer übergiebt; der Schuldner hätte dann jede fahrlässige oder arglistige Beschädigung oder Vernichtung der Sache durch die genannten Hülfspersonen zu vertreten, obwohl er doch zu ihnen gewiss nur in einem Obligations- und nicht in einem Herrschaftsverhältnis steht.

IV. Der von Unger zur Erklärung unseres Paragraphen verwendete und auch von den Motiven (II, S. 30) benutzte Satz: „Wer in eigenem Interesse handelt, handelt auch auf eigene Gefahr" giebt weder ein festes juristisches Prinzip ab, noch liegt er allgemein dem B. G. B. zugrunde. Das ist im Folgenden darzuthun. Und zwar wollen wir unsere Deduktion der grösseren Anschaulichkeit halber an eine von Unger selbst ausgesprochene Erscheinungsform seines Prinzips anknüpfen. Wer einen Gehülfen anstelle, handle in eigenem Interesse, wer einen Substituten anstelle, „besorge damit nicht seine eigenen Geschäfte," sondern die des Gläubigers, der Regel nach müsse daher für ersteren gehaftet werden, für letztert.

a) Dann darf man also das „Handeln im eigenen Interesse" nicht im Rechtssinn nehmen, denn der Schuldner bleibt trotz der Substitution verpflichtet, besorgt durch dieselbe also ein juristisch ihm obliegendes, d. h. sein eigenes Geschäft. Man muss daher dem Ungerschen Begriff eine wirtschaftliche Bedeutung unterlegen; dann kann man aber wieder nicht sagen, dass die Zuziehung und Thätigkeit der Gehülfen regelmässig im Interesse des Schuldners liege. Kommt dem unentgeltlich handelnden Mandatar die Thätigkeit seiner Gehülfen wirtschaftlich zu gute? Und hat nicht der Grundeigentümer, der sich ein neues Haus bauen lässt, einen viel unmittelbareren Vorteil von dem Schaffen der Bauarbeiter als der Baumeister selbst?

Bei gegenseitigen Verträgen haben eben ganz gewöhnlich beide Parteien an der Erfüllung einer Verbindlichkeit ein unmittelbares Interesse. Ein fester juristischer Grundsatz lässt sich jedenfalls aus dem genannten Prinzip nicht herleiten — das hat auch Unger selbst m. W. nicht versucht. Man wird sich daher wahrscheinlich mit ihm in Einklang befinden, wenn man den von ihm verfochtenen Satz nach dem Vorgange Rümelins (S. 31) als „Billigkeitsprinzip" bezeichnet und demselben etwa den Inhalt giebt „wenn du von einer Sache allein Vorteil hast, musst du auch den damit verbundenen Nachteil tragen." Damit kann man eine Reihe juristisch ganz heterogener und in sich selbst gerechtfertigter Normen anschaulich und dem Rechtsgefühl zugänglicher machen.

Anders haben auch die römischen Juristen, bei denen sich der von Unger entwickelte Gedanke schon in nuce erkennen lässt, die Sache nicht aufgefasst. Als Beispiel diene die in § 2 besprochene l. 20 § 2 D. de praescr. verb. 19, 5. Ein vascularius hatte bei einem Kauflustigen Silbergerät zur Ansicht und Auswahl gelassen. Diesem gefiel die Waare nicht. Er sandte dieselbe daher zurück, wobei sie aber verloren ging. Dann soll der Kauflustige, sagt der Jurist,

nicht haften, abgesehen vom Fall eigenen Verschuldens, quia eius (sc. vascularii) causa sit missum. Thatsächlich aber liegt der juristische Grund der völlig zutreffenden Entscheidung auf einem ganz anderen Feld, wie wir gesehen haben. Es liegt nur psychologisch so nahe, auf die Frage, „Warum soll in unserem Fall der Kauflustige nicht das periculum tragen?" zu antworten: „Er hat schon genug daran gethan, wenn er lediglich im Interesse des Händlers diesem aus blosser Gefälligkeit die untaugliche Waare zurücksandte."

b) Aber selbst wenn man der Ansicht huldigt, dass der Ungersche Grundsatz sich in streng juristischer Weise verwerten lässt, so kann man doch in ihm keine ausreichende Erklärung für den § 278 finden. Denn der Grundsatz: „Wer in eigenem Interesse handelt, handelt auf eigene Gefahr" ist weder explicite noch implicite im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten.[1] Wäre selbst § 278 als Ausfluss desselben zu verstehen, so müssten doch für seine Aufnahme in das System unseres Gesetzbuchs anderweitige, spezielle Gründe nachgewiesen werden.

V. Man könnte vielleicht die Haftpflicht für Gehülfen auf folgenden Gedanken zurückführen[2]: „das Wesen der

---

1. Das erkennt man sofort, wenn man die Konsequenzen des Ungerschen Satzes zieht und sie mit den Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuches vergleicht. Nach Unger musste z. B. der Unternehmer auch für aquilisches Verschulden seiner Angestellten haften (anders § 831), der Entleiher oder Mieter das periculum der geliehenen oder gemieteten Sache prästieren (anders § § 275, 276), der Inhaber eines chemischen Laboratoriums für die Folgen einer rein zufälligen Explosion haften (anders § 823 mittelst arg. a contrario) u. s. w. u. s. w.

2. So in Anschluss an das von Enneccerus in der Debatte des Juristentages Ausgeführte. Der Gedankengang Enneccerus' selbst weist seinerseits so erhebliche, zugleich aber so leicht er-

Obligation liegt in der Ausführung der geschuldeten Leistung (freilich ist schon dieser Vordersatz nicht ganz durchsichtig). Thun die Hülfspersonen nicht ihre volle Pflicht, so ist dann eben der Obligationszweck nicht erreicht, und der Schuldner haftet weiter, ev. auf Schadensersatz.

Nun haftet aber einmal nach römischem Recht der Schuldner nur für culpa und nach B. G. B. ausserdem noch für das Verschulden von Hülfspersonen; eine allgemeine Norm des Inhalts „der Schuldner hat die Nichterreichung des Obligationszweckes grundsätzlich zu vertreten" ist beiden Rechtssystemen unbekannt.

Doch liegt in dem oben Gesagten ein richtiger Gedanke. Derselbe trägt aber nicht juristischen, sondern rechtspolitischen Charakter: Der Gesetzgeber muss nämlich dafür sorgen, dass die Leistung, um derentwillen ja die Obligation eingegangen ist, dem Gläubiger in einer dem Stande des Verkehrs angemessenen Weise gesichert werde. Diese einfache Erkenntnis giebt uns ein Mittel zur Lösung der uns in diesem Paragraphen beschäftigenden Frage an die Hand.

§ 278 dürfte sich nämlich überhaupt nicht auf eine opinio necessitatis, einen Rechtsgedanken, zurückführen lassen. Gerade das Schadensersatzrecht ist wegen seiner hervorragenden wirtschaftlichen Bedeutung in die sozialen Kämpfe der Gegenwart hineingezogen worden. Die einzelnen positiv-

---

sichtliche Fehler auf (es handelte sich ja offenbar auch nicht um einen durchgearbeiteten Vortrag), dass von einer eingehenden Kritik abgesehen werden kann. Nur darauf möchten wir hinweisen, dass es ein Axiom: „Wer die Leistung eines Dritten schuldet, schuldet auch dessen Diligenz" nicht giebt. Der Schuldner ist vielmehr im Zweifel nur verpflichtet, das Seinige zu thun, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen, eventl. haftet er auf Schadenersatz. Die Uebernahme einer Garantie dafür, dass die Leistung des Dritten auch den gewollten ökonomischen Effekt herbeiführen werde, darf nicht vermutet werden.

gesetzlichen Vorschriften stellen sich vielfach als Kompromisse dar,[1] hervorgegangen aus einem Ausgleich mannigfacher Bestrebungen und Rechtspostulate.[2] Ihre Erklärung finden dieselben weniger in aprioristischen Rechtsgrundsätzen als in den praktischen Rücksichten, welchen sie ihre Entstehung verdanken.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht nun von der Thatsache aus, dass man sich gegenwärtig bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten — man darf wohl aus der Anschauung heraus sagen: fast regelmässig — in irgend einer Beziehung der Hülfe dritter Personen bedient, und dass andererseits durch die moderne Entwicklung der Arbeits- und Dienstverhältnisse die Haftung für culpa in eligendo und custodiendo zum Teil ihrer praktischen Wirksamkeit entkleidet ist. Es könnte daher für den modernen Verkehr nicht ausreichen, wenn man dem Schuldner — zumal auch noch die Noxalklagen weggefallen sind — lediglich die Beobachtung einer diligentia diligentis patrisfamilias auferlegen würde. Der ökonomische Effekt, um dessenwillen das Schuldverhältnis begründet wurde, kann dem Gläubiger nur noch dadurch in genügender Weise gewährgeleistet werden, dass das objektive Recht dem Schuldner die Garantie für seine Hülfspersonen auferlegt.[3]

Die Haftung aus § 278 stellt sich danach im konkreten Fall als eine (kraft Gesetzes ähnlich wie etwa Verzugsfolgen) eintretende Erweiterung einer schon bestehenden Verbindlichkeit, dagegen nicht als eine quasinoxale Verant-

1. Beispiele aus dem B. G. B. bieten § 831 cfr. E. G. art. 105, § 31 B. G. B. cf. E. G. art. 77.

2. Ueber den Mangel eines einheitlichen Grundsatzes im Schadensersatzrecht siehe auch Steinbach, a. a. O. S. 317.

3. Von einer ähnlichen Auffassung scheint Planck, Kommentar zum B. G. B. auszugehen, indem er zum § 178 bemerkt, dass dessen Vorschrift einen „positiven Charakter" trüge.

lichkeit des Herrn für schuldhaftes Verhalten seiner Hülfspersonen (eine Auffassung, zu welcher die unter I bis IV behandelten Theorieen leicht führen können) dar. Als positiver Beleg für diese Auffassung lässt sich anführen, dass unser § 278 in dem „Verpflichtung zur Leistung" überschriebenen Titel des B. G. B., nicht etwa in dem Titel über unerlaubte Handlungen steht. Hieraus ergiebt sich nun eine Reihe höchst wichtiger Folgesätze. Namentlich kann sich nur der Gläubiger der konkreten Obligation, aber nicht etwa eine dritte Person, welche etwa durch die Gehülfen geschädigt worden ist, auf § 278 berufen,[1] sie könnte gegen den Prinzipal nur mit der quasideliktischen Klage aus § 831 klagbar werden.[2] Sofern aber § 278 zur Anwendung kommt, gelten für den aus ihm erwachsenden Anspruch die für den Hauptanspruch aufgestellten Regeln: er unterliegt z. B. der Verjährungsfrist des letzteren und nicht den für das (etwaige) Delikt des Gehülfen festgesetzten;[3] ist die Hauptobligation vor dem Inkrafttreten des B. G. B. entstanden, die fragliche Schadenszufügung aber erst nach dem Beginn des Jahres 1900 erfolgt, so kommt § 278 nicht zur

1. Abweichend ohne irgendwie zureichenden Grund Rümelin (Gemeint sind hier und im folgenden immer nur seine Ausführungen a. a. O. S. 88 ff.)

2. Nach § 831 nämlich, auf den wir noch oft zurückkommen werden, ist, wer einen andern zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt, falls der Prinzipal nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erweislich beobachtet hat oder der Schaden auch trotz deren Anwendung nicht hätte verhütet werden können. Juristisch ist § 831 aus einer Verschuldensvermutung zu erklären, worauf hier aber nicht näher eingegangen werden kann.

3. Das kann dahin führen, dass der Prinzipal, aber nicht mehr der Gehülfe für das betreffende Delikt haftet, unbeschadet natürlich des Regresses (worüber noch § 8).

Anwendung, da über den Inhalt einer Verbindlichkeit das Gesetz zur Zeit ihrer Entstehung entscheidet (arg. E.—G. art. 170); die Frage des internationalen Privatrechts, ob überhaupt (nach Massgabe der räumlichen Beziehungen der Obligation) eine Haftung für Gehülfen aus § 278 eintritt, ist zu bejahen, wenn das B. G. B. die lex contractus ist, mag auch die lex delicti commissi (falls nämlich die Gehülfenhandlung einen Deliktsthatbestand verwirklicht) z. B. das österreichische Gesetzbuch sein; alle Accessionen der Forderung, z. B. Pfänder, haften auch für das Verschulden der Hülfspersonen u. s. w.[1])

Mit den vorstehenden allgemeinen Ausführungen haben wir einen festen Standpunkt gewonnen, von dem aus wir die an § 278 sich anschliessenden Kontroversen im einzelnen werden betrachten können. Die Gliederung des Stoffs ergiebt sich leicht, wenn wir den Wortlaut unseres § 278 ins Auge fassen: zunächst ist der Begriff der Verbindlichkeit (§ 7) zu ermitteln; aus ihm werden wir dann den der Hülfsperson d. h. der Person, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zu gewinnen suchen (§ 8). § 9 wird zu untersuchen haben, wodurch die zur Haftbarmachung des Prinzipals erforderliche Beziehung

1. Die Haftung aus C. c. art. 1384 trägt dagegen einen quasideliktischen, oder, wie wir oben unter einem anderen Gesichtspunkt sagten, einen quasinoxalen Charakter. Beschädigt z. B. ein domestique bei Erfüllung einer Verbindlichkeit seines maître den Gläubiger, so erhält letzterer dadurch einen unvermittelt neben der Hauptobligation stehenden Anspruch gegen den maître. Die franz. Praxis freilich kann an dieser Klippe nicht scheitern. Denn infolge ihrer Verschuldungspräsumption stellt sich die betr. Gehülfenhandlung zugleich als (kulpose) Vertragsverletzung, mithin der daraus erwachsende Schadenersatzanspruch als Bestandteil der Hauptobligation dar.

zwischen Obligation und Schadenszufügung hergestellt wird; § 10 endlich soll den auch im Gesetzbuch zusätzlich geregelten ausnahmsweisen Wegfall der Haftung behandeln.

§ 7.

Der Begriff der Verbindlichkeit.

Ein Schuldverhältnis im Sinne des B. G. B. ist[1] (unter Anlehnung an den § 247) zu bestimmen als eine Beziehung zwischen zwei Personen, kraft deren die eine (der Gläubiger) von der anderen (dem Schuldner) eine Leistung „zu fordern berechtigt“ und mithin den Anspruch auf die Leistung als ihr Privatrecht[2] gerichtlich durchzusetzen befugt ist. Die Verbindlichkeit — die passive Seite des Schuldverhältnisses — ist danach die gemäss den Regeln des Civilprozesses erzwingbare[3] Verpflichtung zur Leistung. (So auch die Ueberschrift zum ersten Titel des Obligationenrechts, d. h. des zweiten Buches im Bürgerl. Gesetzbuche). Betrachten wir diese Begriffsformulierung zunächst nach der positiven und dann nach der negativen Seite hin.

1. Vgl. § 247 B. G. B. (einleitender Paragraph des zweiten Buches): „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.“

2. Die Erfüllung öffentlichrechtlicher Verpflichtungen gehört überhaupt nicht hierher. Muss z. B. ein Hauswirt laut Polizeiverordnung nach einem Schneefall Sand streuen lassen, und versäumt sein Portier dies fahrlässiger Weise, so dass ein Passant zu Schaden kommt, so kann sich letzterer nicht aus § 278 sondern nur etwa aus § 831 an den Hauseigentümer halten.

3. Eine blosse Anstandsverpflichtung ist also keine Verbindlichkeit, obschon sie vom positiven Recht nicht ignoriert wird (vgl. B. G. B. §§ 534, 762, 814). Dagegen begründet eine verjährte Forderung keine blosse Anstandsverpflichtung, denn sie kann an sich mit Erfolg eingeklagt werden, da die Verjährung nach § 222 Abs. 1 B. G. B. nur ein Gegenrecht schafft.

I. Gleichgültig muss es nach dem oben Gesagten für den Begriff der Verbindlichkeit bleiben, ob die betreffende Leistungspflicht das Korrelat eines dinglichen oder eines persönlichen Anspruchs ist. Auch der Niessbraucher ist z. B. dem Eigentümer gegenüber mit Rücksicht auf seine Restitutionsverbindlichkeit „Schuldner“, dasselbe gilt mit den durch die Natur der Sache gegebenen Modifikationen vom Pfandgläubiger u. s. w. Es besteht auch praktisch nicht die geringste Notwendigkeit, den Inhalt der Verbindlichkeiten, je nachdem dieselben obligatorischen oder dinglichen Ansprüchen gegenüberstehen, verschiedenen Regeln zu unterwerfen, da sie ja in beiden Fällen grundsätzlich den gleichen Inhalt aufweisen, hier wie dort auf Thun, Dulden oder Unterlassen gehen können. So hat z. B. der redliche Besitzer einer fremden Sache dieselbe dem Eigentümer herauszugeben, in gewissem Umfang auch die gezogenen Früchte, obwohl diese z. T. ihm gehören (nämlich nach Massgabe der §§ 987, 988, 993). Er genügt also durch die Herausgabe einerseits einem dinglichen, andererseits einem obligatorischen Anspruch. Beauftragt er nun eine Hülfsperson mit der Herausgabe, und beschädigt dieselbe sowohl Muttersache wie Früchte, so muss natürlich die Haftpflicht hinsichtlich beider Objekte gleichmässig geregelt werden.[1]

1. Das Gesagte wird bestätigt durch die Motive zum ersten Entwurf des B. G. B. Band III, S. 398 (zu § 903 B. G. B.) „In ihrem wesentlichen Inhalt ist die Leistungspflicht, welche dem Besitzer oder Inhaber gegenüber dem Eigentümer als solchem obliegt, von der Herausgabepflicht, welche auf obligatorischer Grundlage beruht, insbesondere von der Herausgabepflicht des Mieters, Mandatars, Depositars nicht verschieden . . . . Sofern die dinglichen Ansprüche sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationsrechtlichen Charakter an. Die Aehnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf die gegen eine bestimmte Person sich richtenden

II. Wenden wir unsere zu Anfang dieses Paragraphen gewonnene Definition der Verbindlichkeit nach der negativen Seite, so erhalten wir das Resultat, dass noch nicht jede „Verpflichtung" „Verbindlichkeit" ist. Diejenigen Verpflichtungen, welche nicht Verbindlichkeiten sind, sollen im folgenden als „unechte Verbindlichkeiten" bezeichnet werden; auf sie kommt also § 278 nicht zur Anwendung.

Verbindlichkeit ist, wie oben gesagt, Verpflichtung zur Leistung. Der Begriff „Verpflichtung" giebt zu Zweifeln keine Veranlassung; er bedeutet jedes rechtliche Gebundensein. Um so eingehender werden wir uns mit dem Leistungsbegriff zu befassen haben.

a. Leisten im juristischen Sinn ist nicht denkbar ohne einen bestimmten Empfänger der Leistung.[1] Leistung ist demnach Uebertragung eines „Guts" an eine (von den Leistenden verschiedene) Person. Gut in diesem Sinn bedeutet natürlich nicht nur „körperliche Sache," sondern umfasst jeden Vorteil oder Wert, der Gegenstand des Rechtsverkehres ist.

Im Gegensatz zur „Leistung" stehen alle die Handlungen, welche dem Destinatär kein Gut zuführen, sondern vor allem den Handelnden selbst vor Schaden bewahren (bezw. ihm einen Vorteil bringen), ihm z. B. einen Ersatzanspruch, einen Anspruch auf Zahlung einer Versicherungs-

dinglichen Ansprüche. Der Entwurf geht von der inneren Berechtigung dieser analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare Lücke sich ergeben würde. Dabei erschien die Aufnahme einer Bestimmung über die analoge Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts (sc. in die Normen über die Eigentumsklage) nicht angemessen, da es sich mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz handelt."

1. Nicht immer so die Sprache des täglichen Lebens („X hat „viel" geleistet.")

summe, ein Widerspruchsrecht und dergl. erhalten sollen. Wenn also ein Hauseigentümer einer Versicherungsgesellschaft gegenüber verpflichtet ist, sein baufälliges Haus reparieren zu lassen, falls ihn die Gesellschaft für eventuelle künftige Unfälle und dergl. schadlos halten soll, so ist dies zwar eine Verpflichtung, aber doch keine „Verpflichtung zur Leistung,“ mithin keine echte Verbindlichkeit. (Die Gesellschaft könnte daher auch nicht gegen den Eigentümer auf Vornahme der Reparatur klagen.)

Beauftragt also der Hauseigentümer mit gehöriger Sorgfalt ausgewählte Arbeiter oder Handwerker mit der Reparatur, und führen dieselben letztere schlecht aus, so kann sich die Versicherungsgesellschaft hinterher nicht auf § 278 berufen, d. h. sie muss trotz des Verschuldens der fraglichen Arbeiter zahlen.

Nur in zwei Fällen unechter Verbindlichkeiten muss der Verpflichtete für Hülfspersonen einstehen, nämlich nach den §§ 351 und 254. Die für uns in Betracht kommenden Stellen dieser Paragraphen sind erst vom Bundesrat in das Gesetzbuch hineingebracht worden; beide geben zu manchen Zweifeln Anlass.

§ 351 setzt folgenden Thatbestand voraus: Zwischen den Parteien ist neben dem Hauptvertrag noch ein Nebenvertrag geschlossen worden, demzufolge der einen Partei, welche den ihr von der anderen geschuldeten Gegenstand bereits empfangen hat, der Rücktritt vom Vertrage offen steht. Derselbe erfolgt nach § 350 durch Erklärung an den anderen Teil und erzeugt natürlich hüben und drüben neue Verbindlichkeiten, welche wir in den nächsten Zeilen „Restitutionsverbindlichkeiten“ nennen wollen. Dass jeder Teil bei Erfüllung der Restitutionsverbindlichkeiten das Verschulden einer Hülfsperson wie sein eigenes zu vertreten hat, bedarf kaum einer besonderen Erwähnung.

Nun bestimmt § 351, dass der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung,

den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat (sc. vor der Rücktrittserklärung, nach derselben würden durch das Verschulden der einen Partei lediglich die Restitutionsverbindlichkeiten nach allgemeinen Grundsätzen modifiziert werden). Dem eigenen Verschulden des Rücktrittsberechtigten soll nun (nach der Zusatzbestimmung des Bundesrates) „ein von ihm nach § 278 zu vertretendes Verschulden" (d. h. vor allem ein Verschulden seiner Hülfspersonen) gleichstehen.

Damit kann nur folgendes gemeint sein: hat die rücktrittsberechtigte Partei bei Erfüllung ihrer Hauptverbindlichkeit (Gegensatz: Restitutionsverbindlichkeit) sich eines Gehülfen bedient, und hat dieser (z. B. der Knecht des abnahmepflichtigen Käufers) in Ausführung des ihm gewordenen Auftrags die Sache beschädigt bezw. vernichtet, so verliert der Prinzipal dadurch sein Rücktrittsrecht. Will er dasselbe ausüben, so hat er eben die Sache auch in gutem Zustand zu erhalten — ein Fall einer unechten Verbindlichkeit, weshalb hier an sich eine Haftung für irgendwelche Hülfspersonen nicht eintreten könnte. Von dieser Konsequenz hat also der Bundesrat in dem oben angegebenen Umfang eine Ausnahme statuiert. Besonders auffällig und folgewidrig erscheint dabei, dass diese Sonderbestimmung nur für den Rücktritts-, dagegen nicht den Wiederkaufsberechtigten (§ 498 Abs. 2) getroffen ist. Die abweichende Behandlung beider Fälle gerade in diesem Punkte dürfte sich kaum innerlich begründen lassen.

Einen noch grösseren Wert als § 351 besitzt für unsere Untersuchung § 254 B. G. B. In demselben wird, wenn auch nur implicite, aber doch entschieden der Begriff der unechten Verbindlichkeit anerkannt. § 254 beschäftigt sich mit der sog. „Kulpakompensation." Wenn deren Voraussetzungen gegeben sind, soll der Richter nach freiem Ermessen entscheiden, ob und inwieweit der Schaden vor-

wiegend durch die eine oder andere Partei verursacht ist und danach die Schadensersatzpflicht normieren. Für den Fall einer Kulpa des an sich Ersatzberechtigten wird als besonderes Beispiel aufgeführt, dass derselbe „unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlichen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, denselben abzuwenden oder zu mindern." Hinzugesetzt wird: „Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."

Dem Gesetzgeber schwebt der Gedanke vor: Der Gläubiger ist verpflichtet, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich grossen Schadens aufmerksam zu machen u. s. w. (unechte Verbindlichkeit!); bedient er sich eines Dritten, z. B. eines Boten, zur Erfüllung dieser Verpflichtung, so soll er dessen Verschulden wie sein eigenes gegen sich gelten lassen, wie wenn eine echte Verbindlichkeit vorläge: daher das Gebot einer „entsprechenden" Anwendung des § 278.

Also selbst wenn das vorwiegende Verschulden nicht dem Beschädigten selbst, sondern einem seiner Hülfspersonen[1] zur Last fällt, steht dem ersteren kein Ersatzanspruch zu (von dem gegen seine Hülfsperson gerichteten abgesehen).

Zur Veranschaulichung möge ein praktischer Fall herausgegriffen werden: A. schickt eine zerbrechliche Sache in Verpackung durch seinen Diener D. zu dem Spediteur S., indem er D. aufträgt, dem S. die sorgsame Behandlung der Sache anzuempfehlen. D. vergisst dies. Bei der Versendung wird nun mit der Sache grob umgegangen, so dass sie zerbricht. Der

1. Dieser Ausdruck ist an dieser Stelle nur in übertragenem Sinne zu verstehen. Denn der Begriff der Hülfsperson setzt, streng genommen, eine echte Verbindlichkeit voraus (vgl. § 8).

Richter findet nun, dass das „vorwiegende" Verschulden auf Seiten des D. liegt. Dann ist S. befreit.

Vertritt man übrigens den Standpunkt, dass (nach dem B. G. B.) ein von mehreren Personen verursachter Schaden immer nur von dem zu ersetzen sei, welcher denselben nach freiester richterlicher Würdigung des Falls „vorwiegend" verursacht hat, so erübrigt sich die dem § 254 hinzugefügte (recht schwer verständliche) Verweisung auf den § 278. Denn alsdann ist selbstverständlich, dass ein Schaden, den eine Hülfsperson des Beschädigten vorwiegend veranlasst hat, von keinem Dritten (in dem oben gewählten Beispiel nicht von dem Spediteur) ersetzt zu werden braucht. Ob die genannte Auffassung aber stichhaltig ist — der Verfasser nimmt dies an — kann an dieser Stelle nicht untersucht werden.

Welchen Standpunkt man in dieser Frage einnimmt, bleibt gleichgültig, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von den mehreren Schadensstiftern, — in unserem Fall ob die Hülfsperson des Beschädigten oder der Schuldner, — den Schaden „vorwiegend" herbeigeführt hat. Denn in solchem Fall haften Hülfsperson und Schuldner, sofern sie nur beide für den angerichteten Schaden kausal geworden sind, solidarisch, doch gewährt die Fassung des § 254 dem Richter die Möglichkeit, unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls den Schuldner ganz oder teilweise von seiner Haftpflicht zu befreien.

b) Das Resultat unserer bisherigen Betrachtungen können wir zu dem Satz zusammenfassen: Verpflichtung zu einem Handeln, welches nicht „Leistung" ist, ist keine Verbindlichkeit. Leisten ist vielmehr nur das Handeln, welches der Uebertragung eines Gutes (vgl. S. 54) dient.

Hieraus ergiebt sich, dass die Verpflichtung zu einem Verhalten, welches sich nicht einmal als „Handeln" qualifizieren lässt, sicherlich keine Verbindlichkeit darstellt.

Zur Klärung der Frage zunächst ein praktisches Beispiel: Ich halte mich in dem Zimmer eines Freundes auf, in welchem viele zerbrechliche Gegenstände herumstehen. Ich bin dann verpflichtet, in Bezug auf diese Gegenstände „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ zu beobachten, widrigenfalls ich mich ev. schadensersatzpflichtig mache.

Es handelt sich hier offenbar nicht um eine (echte) Verbindlichkeit. Sorgfalt ist eben nur eine Qualität des Verhaltens, eine bestimmte Willensrichtung, in der man handelt, ist aber nicht selbst eine „Handlung (bezw. eine Summe von Handlungen) und noch viel weniger eine „Leistung“ (bezw. eine Summe von Leistungen).“

Würde man die Verpflichtung zur Sorgfalt als Verbindlichkeit, d. h. als selbständige Obligation betrachten, so käme man zu der Ungeheuerlichkeit, so viel derartige Obligationen konstruieren zu müssen, wie sich aus den vorhandenen Individuen Paare bilden lassen.

Ja, unsere Auffassung dürfte zunächst geradezu als selbstverständlich erscheinen. Wir wollen sie nunmehr der Betrachtung des folgenden einfachen Falles zugrunde legen:

Mein Freund hat mir eine Reihe kostbarer Gegenstände geliehen. Ich bin dann verpflichtet, 1. ihm diese Gegenstände nach der vertragsmässigen Frist zurückzugewähren (Hauptverpflichtung). 2. hinsichtlich der Gegenstände, zumal bei ihrem Gebrauch, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten (Nebenverpflichtung).

Die unter 1 genannte Verpflichtung ist eine echte, die unter 2 genannte eine unechte Verbindlichkeit, wie nach dem oben Gesagten kaum einer näheren Ausführung bedarf. Zwar ist im zweiten Beispiel die von mir zu beobachtende Sorgfalt höher als im ersten Beispiel zu bemessen, aber sie bleibt doch darum immer „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ — deren Grade in den einzelnen Fällen natürlich sehr verschieden sein können — und darum kann und muss das oben über die „Verpflichtung zur Sorgfalt“ Gesagte

auch hier Anwendung finden. Letztere ist also eine unechte Verbindlichkeit; juristisch besitzt sie nur die Bedeutung, dass ihre Nichterfüllung, soweit ein Schaden entsteht, einen Ersatzanspruch des Berechtigten (mithin eine echte Verbindlichkeit auf Seiten des Pflichtigen) erzeugt.

Hieraus ergiebt sich für unser Thema der praktisch wichtige Satz: Hat jemand kraft eines obligatorischen oder beschränkten dinglichen Rechts eine thatsächliche Verfügungsmacht über eine Sache, so ist er für die Personen, welche er in Beziehung zu der Sache setzt, um letztere nach Massgabe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in Stand zu halten, nicht nach der Regel des § 278 (sondern der des § 831) verantwortlich.[1]

Wir wollen aus der übersehbaren Fülle leicht zu bildender Beispiele nur eines herausgreifen, an welches wir unsere weiteren Erörterungen anknüpfen können.

Der Hauseigentümer E. bemerkt zufällig, dass die Wohnung seines Mieters M., weil lange Zeit nicht gereinigt, sich in einem sehr schlechten Zustand befindet. Er fordert daher M. unter Berufung auf dessen gesetzliche Pflicht zur ordnungsmässigen Instandhaltung der Wohnung auf, letztere gehörig reinigen zu lassen. M. beauftragt sein Dienstmädchen D. mit der Reinigung. Bei derselben wird dadurch, dass die D. unvorsichtigerweise Wasser verschüttet, der Fussboden und die unter demselben liegende Decke beschädigt.

In solchen Fällen müsste eine Schadenersatzklage des E. gegen M. dann zurückgewiesen werden, wenn diesem kein Verschulden zur Last fällt oder wenn der Schaden auch bei Anwendung aller Sorgfalt seinerseits entstanden wäre. (Vgl. § 831 B. G. B.)

Diese Entscheidung mag unbillig erscheinen, entspricht

1. Ganz anders freilich Planck a. a. O., jedoch ohne nähere theoretische Begründung.

aber dem Geist des B. G. B. Wir werden dies aus einigen Veränderungen des oben gewählten Beispiels deutlich erkennen.

Nehmen wir einmal an, die Beschädigung der Decke habe nicht gelegentlich einer ausserordentlichen, vorwiegend im Interesse des Hauseigentümers erfolgten, sondern gelegentlich einer Reinigung, wie sie ein ordentliches Hauswesen mit sich zu bringen pflegt, stattgefunden.

Hier entstehen schon sehr erhebliche Zweifel, ob die Reinigung der Wohnung überhaupt als Erfüllung einer Pflicht gegen den Hauseigentümer aufzufassen sei — der Anschauung des Lebens, die doch auch für den Juristen massgebend sein sollte, würde dies wenig entsprechen. Wird aber das Vorliegen einer Pflichterfüllung geleugnet, so kann von einer Anwendung des § 278 überhaupt keine Rede mehr sein.

Fingieren wir endlich, die Beschädigung des Fussbodens sei nicht bei einer Reinigung der Wohnung, sondern etwa bei Vorbereitung eines Bades — indem die D. unachtsamer Weise den Hahn der Badeeinrichtung offen stehen liess — erfolgt, so kann M. aus § 278 offenbar von vornherein nicht haftbar gemacht werden.

Es ist aber eine unabweisbare Forderung des gesunden Rechtsgefühls wie der juristischen Konsequenz, die drei genannten Fälle gleichmässig zu entscheiden.

Wir gelangen somit zu folgendem Prinzip: Wenn eine Aufbewahrungs-, Instandhaltungs-Pflicht und dgl. lediglich eine Nebenerscheinung, gewissermassen die Kehrseite eines (obligatorischen oder dinglichen) Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes ist, gelangt hinsichtlich der Gehülfenhandlung nicht § 278 (sondern § 831) zur Anwendung.

Hiermit ist also nicht der Fall zu verwechseln, dass die Aufbewahrungs- oder Instandhaltungspflicht den oder einen Hauptzweck des unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses ausmacht. Dann wird natürlich die

Aufbewahrung oder Instandhaltung zur „Leistung“, und § 278 kann angewendet werden. So muss z. B. der Lagerhalter (R. H. G. B. § 416 ff.) für eine durch seine Leute verursachte Beschädigung der bei ihm lagernden Waaren dem Einlagerer einstehen, und eine Depositenbank könnte (auch abgesehen vom Fall des § 31 B. G. B.[1]) für Defraudationen ihrer Beamten verantwortlich gemacht werden[2].

Eine Ausnahme von dem unter b) Ausgeführten wird in gewisser Hinsicht durch § 549 Absatz 2 geschaffen: „Ueberlässt der Mieter den Gebrauch (sc. der gemieteten Sache) einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Ueberlassung erteilt hat.“ Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf den bei der Wohnungsmiete praktisch nicht seltenen Fall, dass der Dritte in ein direktes Vertragsverhältnis zum Vermieter tritt, während der frühere Mieter zwar die Wohnung räumt, dem Vermieter aber solidarisch verpflichtet bleibt, er haftet aber dann für ein Verschulden des zweiten Mieters gemäss § 425 B. G. B.[3] nicht. Ebensowenig kann § 549 auf Gäste u. s. w., selbst wenn dieselben Tage oder Wochen

---

1. § 31 besagt: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.“

2. Wir nehmen hier schon vorweg, dass § 278 sich unter Umständen auch auf Delikte von Hülfspersonen bezieht (genaueres darüber § 9).

3. § 425 B. G. B.: „Andere als die in den §§ 422—424 bezeichneten Thatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesamtschuldner. Dies gilt insbesondere von . . . . dem Verschulden eines Gesamtschuldners.“

hindurch sich bei dem Mieter aufhalten, angewendet werden. Denn in der Aufnahme eines Freundes ist die „Ueberlassung des Gebrauchs der Wohnung" (oder auch nur eines Teils derselben) nicht zu finden. Das Gesetz denkt hauptsächlich an entgeltliche (namentlich gewerbsmässige) Aftervermietung und verwandte Fälle. Hierher muss auch die in Grossstädten so häufige Aufnahme von Schlafburschen gerechnet werden. Weitere Einzelheiten können an dieser Stelle nicht gegeben werden.

c) Die unter b) entwickelten Grundsätze müssen noch nach einer bestimmten Richtung hin weiter ausgeführt werden.

Bisher war nur von der Instandhaltungs- oder Aufbewahrungspflicht die Rede, welche neben einem Gebrauchs- oder Nutzungsrecht einhergeht. Aber auch unzählige andere Rechte haben Pflichten zu Korrelaten. Gerade die moderne Gesetzgebung zeigt die deutliche Tendenz, diese Kehrseite der subjektiven Rechte schärfer auszubilden, d. h. die in Frage stehenden Pflichten zu fixieren, zu spezialisieren, zu steigern. Juristisch werden diese Pflichten dadurch noch nicht zu selbständigen Verbindlichkeiten (so wenig wie eine „Verbindlichkeit" des Mieters zur Reinigung der Wohnung besteht), sie bleiben Ausflüsse der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

So hat nach B. G. B. §§ 374 und 1218 der Schuldner, welcher das Hinterlegungsrecht ausübt, bezw. der Pfandgläubiger nach erfolgter Versteigerung der Pfandsache dem Gläubiger bezw. Verpfänder die Hinterlegung bezw. Versteigerung mitzuteilen. Thut der Schuldner bezw. der Pfandgläubiger das nicht, so erwächst ihm eine Schadensersatzverbindlichkeit, dagegen stellt sich ihre Verpflichtung nicht als eine selbständige „Verbindlichkeit" dar. Nur aus dieser Auffassung lässt sich erklären, dass das B. G. B. in den citierten Paragraphen ausdrücklich bestimmt: „Im Fall der Unterlassung ist er (der Schuldner bezw. Pfandgläubiger) zum

Schadenersatz verpflichtet." Läge eine echte Verbindlichkeit vor, so wäre dieser Zusatz höchst störend und überflüssig. Man könnte vielleicht sagen, dass er die Möglichkeit einer Realexekution ausschliessen soll. Aber wenn die rechtzeitige Benachrichtigung einmal versäumt ist, so ist ihre Nachholung doch regelrecht eine physische Unmöglichkeit, abgesehen davon, dass wohl kein Kläger einen dahin gehenden Klageantrag stellen würde.

Hat also der nach § 374 bezw. 1218 Verpflichtete die Mitteilung ordnungsmässig durch einen Diener zwecks Beförderung mit der Post abgeschickt, so kann er nicht haftbar gemacht werden, auch wenn die Mitteilung durch Schuld des Dieners oder eines Postbeamten vereitelt worden ist. Fragen wir nach der Billigkeit dieses Resultats, so ist zu sagen: dass der zur Benachrichtigung Verpflichtete nicht unter dem Verschulden eines Postbeamten (sowie der von ihm benutzten Verkehrsanstalt überhaupt) zu leiden hat, entspricht den Anforderungen der Gerechtigkeit und ist in den analogen Fällen des H. G. B. (z. B. art. 347) schon von der bisherigen Rechtsprechung anerkannt [1]. Dass er aber für seine Diener nicht unbedingt einzustehen braucht, ist im allgemeinen ein weniger erfreuliches Resultat, wenngleich es z. B. in der Lehre von der Mängelrüge im Viehhandel (vgl. B. G. B. § 485) wegen der kurzen Rügefrist dem entgegengesetzten Ergebnis vorzuziehen ist.

Von den im Vorstehenden behandelten, gemäss der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu erfüllenden Nebenverpflichtungen sind solche Verbindlichkeiten wohl zu unterscheiden, welche von dem Schuldner durch eine dem Hauptkontrakt beigefügte Nebenabrede übernommen sind. Z. B. übernehmen in Berlin die Mieter häufig die Verpflichtung, für (teilweise) Reinigung u. s. w. der Haustreppe zu sorgen. Diese Pflicht ist zwar gegenüber den Hauptverbindlichkeiten

1. vgl. R. O. H. G. 19, 153 ff.

des Mieters (sc. zur Zahlung des Mietspreises und zur Rückgabe der Wohnung nach Ablauf der festgesetzten Zeit) sekundärer Natur, aber doch (wenigstens in der Regel) eine selbständige Pflicht zur Leistung und mithin eine echte Verbindlichkeit. Beschädigt also ein Dienstbote des Mieters die Treppe bei der Reinigung, so ist letzterer dem Vermieter aus § 278 verantwortlich. Allerdings kann sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falls das Gegenteil ergeben. Mietet jemand z. B. ein ganzes Haus, so hat er auch ohne besonderen Nebenvertrag für die Reinigung der Treppe zu sorgen: diese Pflicht ist dann aber keine echte Verbindlichkeit.

§ 8.

Der Begriff der Hülfsperson.

Nachdem im vorigen Paragraphen der Begriff der Verbindlichkeit festgestellt worden ist, können wir nunmehr untersuchen, was das Gesetz unter den Personen, „deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient,“ — d. h. den „Hülfspersonen“ in unserem Sinne verstanden wissen will.

Zweifellos ist zunächst eine Person, deren man sich zur Erzeugung einer Verbindlichkeit, d. h. zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts bedient, keine Hülfsperson. Allerdings könnte der Prinzipal bei dolus eines derartigen „Vertreters“ möglicherweise haftbar gemacht werden (vgl. S. 34), ja selbst aus einer culpa in contrahendo des von ihm Bevollmächtigten, aber nicht auf Grund des § 278.[1]

Ferner ergiebt sich aus der Wendung, „deren sich der Schuldner bedient,“ unmittelbar, dass alle die Personen nicht hierher gehören, welche zwar Verbindlichkeiten des Schuldners erfüllen, aber ihre Befugnis dazu nicht aus dem

1. Darüber jetzt Meissner, Kommentar zum zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Breslau 1898, zu § 278 No. 3.

Willen des Schuldners herleiten, wie gesetzliche Vertreter, Konkursverwalter, ein Korrealschuldner im Verhältnis zu seinem correus u. s. w.[1] Erfüllt ein Dritter an Stelle des Schuldners, ohne von diesem dazu ermächtigt zu sein (§§ 267, 268), d. h. als negotiorum gestor, so ist zu unterscheiden: Ist infolge des Verschuldens des Geschäftsführers die den Gegenstand der Obligation bildende Leistung nicht in vollem Umfang erfolgt, so dauert insoweit die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner fort (§ 268 Abs. 3 Satz 1), falls nicht ersterer überhaupt eine derartige Erfüllung als Teilleistung zurückweist. Ist die geschuldete Leistung an sich vollständig bewirkt, der Gläubiger dagegen durch ein Versehen bei der Ausführung irgendwie sonst beschädigt, so haftet dafür nur der negotiorum gestor; eine Verantwortlichkeit des Schuldners zu statuieren, liegt kein Grund vor.

I. Aber wenn auch feststeht, dass jemand mit Willen und auf Veranlassung des Schuldners dazu beigetragen hat, dass dieser seine Verbindlichkeit erfüllte, so ist er darum noch nicht notwendig Hülfsperson. Der Kutscher, welcher den Arzt zu dem in des letzteren Behandlung stehenden Kranken fährt, der Rohstoffproducent, welcher dem Fabrikanten das Material liefert, damit dieser eine ihm gewordene Bestellung ausführen kann, — sie können den obligatorisch Verpflichteten (Arzt bezw. Fabrikanten) nicht im Sinne des § 278 gefährden. Abstrakt lässt sich dieser Gedanke etwa folgendermassen formulieren: Der Hülfsperson bedient sich der Schuldner „zur" Erfüllung, nicht schlechthin zur Ermög-

1. Der Testamentsvollstrecker ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wohl mehr als Willensvertreter denn als (rein faktische!) Hülfsperson aufzufassen. Freilich befriedigt diese Lösung wenig, da der Testamentsvollstrecker jedenfalls auch nicht gesetzlicher Vertreter ist, § 278 mithin auf ihn nicht angewendet werden kann. Doch lässt sich anderweitig helfen, was hier nicht weiter verfolgt werden kann.

lichung derselben; er verwendet sie unmittelbar zur Herstellung des Enderfolges, welcher den Gegenstand der Obligation bildet. Die Hülfsperson kommt daher auch in direkte Berührung mit der Rechtssphäre des Gläubigers, während in unseren Beispielen Kutscher und Rohstoffproducent überhaupt nicht in Kontakt mit demselben (sc. hinsichtlich der Obligationserfüllung) treten, vielmehr ausschliesslich an den Obligierten selbst leisten. Allgemein gesprochen: Hülfsperson ist nicht, wer bloss eine Bedingung der Schulderfüllung verwirklicht, sondern nur, wer an der Realisierung des Enderfolges unmittelbar Anteil nimmt.

Das Gesagte findet eine eigentümliche Anwendung beim Gesellschaftsvertrag.

Die Societätsverbindlichkeit geht, abgesehen von der Verpflichtung zu Einlagen, im wesentlichen darauf, „die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern“ (§ 705 B. G. B.). Der einzelne Gesellschafter hat also, wenn wir den Leistungsinhalt der Obligation schärfer hervorheben wollen, lediglich seine Kräfte nach Massgabe des Vertrages in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Seine Thätigkeit muss sich zwar in der Richtung auf das Gesellschaftsziel zu bewegen, seine Verbindlichkeit geht aber nicht auf Erreichung desselben, — falls nicht ausnahmsweise der Vertrag der Gesellschaft ein bestimmtes konkretes Ziel setzt —, sie geht überhaupt nicht auf Leistung eines im voraus und ein für alle Mal festgesetzten wirtschaftlichen Erfolges, wie das in allen anderen Schuldverhältnissen der Fall ist, sondern jener Erfolg wird in gewisser Beziehung erst durch die Individualität des Gesellschafters bestimmt,[1] abgesehen von speziellen, den

1. Daher der bekannte Ausspruch des Gaius: „Qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.“ Diese Bemerkung trifft (von unserem Standpunkt) durchaus nicht für jeden Kontrakt zu, wie Dernburg, Pandekten II, § 125, Anmerkung 8 annimmt.

Einlagen analogen Leistungspflichten, die ein Gesellschafter möglicherweise übernimmt. Hat nun also der Socius nur seine Kräfte in die Dienste der Societät zu stellen, so ergiebt sich für diesen Fall die logische Unmöglichkeit einer Zuziehung von „Hülfspersonen". Denn die genannte Verbindlichkeit kann der Gesellschafter natürlich nur allein erfüllen. Insofern er die Dienste anderer Personen benutzt, verwirklichen dieselben (z. B. Handlungsgehülfen, Prokuristen u. s. w. im Verhältnis zu dem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft) lediglich, wie wir oben sagten, eine Bedingung[1] dafür, dass die Societätsverbindlichkeit erfüllt werde. Hat also etwa einer der Socien einen Angestellten des Geschäfts mit der Abfassung eines wichtigen Briefes beauftragt und entsteht aus der fehlerhaften Ausführung dieses Auftrags ein schwerer Schaden für die Gesellschaft, so kann der betreffende Socius von seinem Mitgesellschafter nicht aus § 278 auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.[2]

II. Wann jemand als Hülfsperson zu betrachten ist, haben wir gesehen. Es ist jetzt die schon früher berührte Einteilung der Hülfspersonen in Substituten und Gehülfen vom Standpunkt des B. G. B. aus zu beleuchten.

Ein Substitut ist eine Hülfsperson, welcher der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz oder zu einem erheblichen, in sich eine abgeschlossene Leistung darstellenden Teil übertragen hat. Vorausgesetzt bleibt immer, dass der Substitut in kein direktes Vertragsverhältnis zu dem

1. „Bedingung" ist dabei nicht im Sinne einer „notwendigen Voraussetzung," sondern schlechthin als Kausalitätsmoment aufzufassen. „Kausalitätsmoment" aber ist jede noch so geringfügige Ursache, die zu dem Zustandekommen eines endlichen Erfolges mitgewirkt hat.

2. Dieses Resultat kann auch auf anderen Wegen wie dem oben eingeschlagenen erreicht werden. Für den Verfasser kam es aber gerade auf Hervorhebung des betr. Gesichtspunktes an.

Gläubiger tritt und vielleicht dadurch die Ausscheidung des ursprünglichen Schuldners aus dem Obligationsnexus bewirkt. Denn sonst würde er ja aus eigenem Recht thätig, fiele also nach dem zu Eingang dieses Paragraphen Bemerkten nicht unter die „Hülfspersonen". Die Haftung des ursprünglichen Schuldners für einen solchen Quasisubstituten bietet juristisch auch weder Besonderheiten noch Schwierigkeiten, sie ist die reine Verantwortlichkeit für culpa in eligendo, da ja die Auswahl des Quasisubstituten den unmittelbaren Gegenstand der ersten Obligation (ausschliesslich oder kraft facultas alternativa neben der eigenen Leistung[1]) bildet.

Die eigentlichen Substituten fallen dagegen unter den § 278. Dies schon wegen seines Wortlauts, da sie Personen sind, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Hätte das B. G. B. die Haftung nur bei Gehülfen eintreten lassen wollen, so würde es diese Absicht wahrscheinlich auch ausdrücklich ausgesprochen haben, da es das Wort „Gehülfen" in technischem Sinne kennt und solche auch den Substituten gegenüberstellt (§§ 664, 691, E-G. 78).

Doch hat das Gesetz zwei positive Ausnahmen geschaffen. Beim Auftrag und Verwahrungsvertrag ist nämlich die Substitution grundsätzlich verboten; hat der Gläubiger dieselbe aber ausnahmsweise gestattet, so soll der Schuldner nur für Verschulden bei der Auswahl des Substituten einzustehen haben. Mit Rücksicht auf den Auftrag des B. G. B. und den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag entbehrt

1. So wenigstens in der Regel. Ein auch von uns schon verwertetes Beispiel für den ersten Fall bietet der Spediteur, für welchen der Frachtführer z. B. Quasisubstitut ist. Echte Substitutionsverhältnisse finden sich heutzutage sehr häufig z. B. im Bauwesen, indem der hauptsächlich kaufmännisch gebildete Bauunternehmer die Ausführung des übernommenen Baues einem Architekten überträgt.

dieser Satz wegen des besonderen Charakters dre betr. Verbindlichkeiten — dieselben beruhen in der Regel auf einer Gefälligkeit — nicht einer gewissen inneren Berechtigung. Beim entgeltlichen Depositum dürfte Substitution wohl höchst selten ausdrücklich zugelassen werden. Warum dann § 278 cessieren soll, leuchtet nicht recht ein. Man könnte zur Erklärung auf den mutmasslichen Willen der Parteien zurückgreifen; derselbe macht doch aber im vorliegenden Fall eine besondere gesetzliche Bestimmung überflüssig. (§ 10 dieser Abhandlung.) Vielleicht kommt man den gesetzgeberischen Erwägungen, welche zu der betr. Bestimmung des § 691 geführt haben, auf die Spur, wenn man denselben mit B. Sch. G. § 9 Abs. 2[1] zusammenhält, demzufolge der Schiffer, falls ihm die Wahl eines Substituten freisteht, nur für culpa in eligendo einzustehen hat, während er für Gehülfen schlechthin haftet, wie wir schon früher gesehen haben. In beiden Fällen nämlich nimmt der Substitut eine besonders selbständige Stellung ein (man denke etwa zum Vergleich an das Verhältnis zwischen Bauunternehmer und Architekten [S. 69 Anm.], wodurch dem Substituenten die Möglichkeit einer Kontrolle des Substituten benommen bezw. gemindert wird. Der Schuldner darf daher nur eine höchst vertrauenswürdige Person zum Substituten wählen, ist dann aber auch von weiterer Verantwortlichkeit frei.

Für den unerlaubter Weise zugezogenen Substituten muss natürlich auch der Mandatar, Depositar und Binnenschiffer in vollem Umfang einstehen.

Bezüglich der anderen Verhältnisse könnte es prima facie gleichgültig erscheinen, ob die Substitution gestattet oder nicht gestattet war. Die Verschiedenheit kann aber unter besonderen Umständen auch praktisch hervortreten. War z. B. der Substitut bei Begehung der schädigenden

1. Ebenso das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flösserei § 5 Abs. 2.

Handlung unzurechnungsfähig, war er also nicht in Verschulden, so würde er bei unerlaubter Substitution den Substituenten durch Schadensstiftung unbedingt zum Ersatz verpflichten; anderenfalls (bei erlaubter Substitution) brauchte dagegen der Substituent nur für eigenes Verschulden einzustehen (nach § 831), da sich der Gläubiger auf § 278, welcher ein Verschulden der Hülfsperson voraussetzt, nicht berufen könnte. (Näheres über diesen Punkt in § 9.)

III.) Nachdem wir unter Ziffer I und II Begriff und Arten der Hülfspersonen kennen gelernt haben, ist im folgenden kurz ihre Rechtsstellung zu betrachten.

Fast immer wird wohl ein obligatorisches Band zwischen Prinzipal und Hülfsperson bestehen, doch sind Ausnahmen, nämlich Rechtsverhältnisse publicistischer Art denkbar (Verwendung von Strafgefangenen zur Herstellung von Arbeiten).

a) Der Prinzipal braucht nur gegen Cession aller Ansprüche, welche dem Geschädigten etwa gegen den Gehülfen zustehen (wovon sogleich im folgenden), Ersatz zu leisten (§ 255). Aber auch hiervon abgesehen hat er aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Verhältnis gegen seinen Gehülfen einen Regressanspruch in Höhe des gesamten Schadens, welchen ihm die schuldhafte Handlung der Hülfsperson gebracht hat.

b) Der Gläubiger kann gegen den Gehülfen selbst auf Schadensersatz klagen, wenn dessen Handlung sich als Delikt darstellt, also immer, wenn die Hülfsperson in ein absolutes Recht des Gläubigers, namentlich das Eigentum, eingegriffen hat (§ 823). Grundsätzlich liegt dagegen kein Delikt vor, wenn der Gehülfe lediglich die Befriedigung eines dem Gläubiger zustehenden obligatorischen Anspruchs erschwert oder verhindert, also, wenn diese Wendung erlaubt ist, nur ein relatives Recht des Gläubigers beeinträchtigt hat — es müssten denn die Voraussetzungen des § 826 B. G. B. gegeben sein („Wer in einer gegen die guten

Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet").

c) In den unter b) genannten Fällen haften Prinzipal und Gehülfen dem Gläubiger als sogenannte „Gesamtschuldner" (Bürg. Ges. Buch § 420 ff.). Denn nach § 421 liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor, wenn „jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist." Prinzipal und Gehülfe sind nun aber beide zum Schadensersatz verpflichtet, der eine ex contractu, der andere ex delicto, der Gläubiger kann ihn aber auch nur einmal verlangen, weil der Schaden nach einmal erfolgtem Ersatze nicht mehr existiert. Mithin stehen wir hier vor einem Gesamtschuldverhältnis, welches jedoch durch die unter a) entwickelten Regressverhältnisse wesentlich modificiert wird.

§ 9.

Die zur Haftbarmachung des Prinzipals erforderliche Beziehung zwischen der Obligation und der schädigenden Handlung.

Nicht jede Schädigung, welche eine Hülfsperson dem Gläubiger zufügt, kann den Schuldner zum Ersatz verpflichten. Vielmehr muss erstens eine bestimmte Beziehung zwischen der konkreten Obligation und der schädigenden Handlung obwalten; der Gehülfe sowie der Gegenstand des Schadens müssen sich nämlich, kurz gesagt, innerhalb der Obligationssphäre befunden haben.[1] Ausserdem muss nach

1. Ist dies aber einmal der Fall, so bestimmt sich die Haftung des Prinzipals natürlich nur noch nach § 278 und nicht mehr nach § 831. Denn § 278 ist eine besondere, lediglich auf den Fall eines zwischen Prinzipal und Verletzten bestehenden obligatorischen Bandes berechnete Norm gegenüber der allge-

der positiven Vorschrift des Gesetzbuchs die Handlung des Gehülfen auf einem Verschulden beruhen.

Diese Voraussetzungen für die Anwendung des § 278 sind nun im folgenden einzeln darzustellen.

I. Wir müssen zu diesem Zweck zunächst auf den Grundgedanken des § 278, wie wir ihn früher festgestellt haben, zurückgreifen:

Das Verschuldungsprinzip bietet dem Gläubiger wegen der im modernen Verkehr so ausserordentlich häufig gewordenen Gehülfenzuziehung keine ausreichende Gewähr für die ordnungsmässige Herstellung des von ihm erstrebten ökonomischen Effektes. Die damit verbundene Verschlechterung der thatsächlichen Lage des Gläubigers will § 278 gewissermassen neutralisieren, indem dem Schuldner die Garantie dafür auferlegt wird, dass seine Gehülfen die Leistung mit aller durch die Umstände gebotenen Sorgfalt ausführen.

Führen sie die Leistung nicht in dieser Weise aus, oder, anders ausgedrückt, verstossen sie bei der Erfüllung der Verbindlichkeit ihres Prinzipals gegen die ihnen obliegende Sorgfalt, so haftet letzterer.

A) Rümelin dagegen will den Schuldner für jedes Verschulden, welches dem Gehülfen auch nur bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung zur Last gefallen ist, verantwortlich machen. Wegen der Wichtigkeit der Frage soll auf Rümelins Gründe näher eingegangen werden.

---

meinen Bestimmung des § 831. § 278 geht daher dem § 831 vor; mithin kann sich der Prinzipal dem Verletzten gegenüber nicht auf eigene Schuldlosigkeit nach Massgabe des § 831 B. G. B. berufen, falls die Voraussetzungen für die Anwendung des § 278 gegeben sind. Dies wird merkwürdigerweise von Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. Bd. 2 S. 502, verkannt. Die praktische Wirksamkeit des § 278 wird bei der Auffassung Endemanns fast völlig in Frage gestellt.

a) Rümelin beruft sich zunächst auf den Wortlaut des Gesetzes (S. 5): „Während — so sagt er — der erste Entwurf (im § 224)[1] von einer „Haftung in Ansehung der Erfüllung“ spricht, ist in der zweiten Lesung und entsprechend in der späteren Fassung ein weiterer Ausdruck gewählt worden, offenbar absichtlich. Es soll keine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen stattfinden.“ Man änderte die Fassung thatsächlich[2] aber deshalb, weil man einerseits die Haftung für den gesetzlichen Vertreter erweitern wollte (bezw. die frühere Beschränkung für formell überflüssig erachtete), und andererseits § 224 des Entwurfs schon aus stilistischen Gründen umgearbeitet werden musste (man vergleiche nur seine Fassung mit der des § 278 B. G. B.)

Aus der Vorgeschichte des § 278 kann also kein zwingendes Argument gegen unsere Ansicht entnommen werden, seine Fassung schliesst aber natürlich erst recht nicht unsere Interpretation aus. Die Aufnahme der von uns verteidigten Schranke für die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn in das Gesetz selber ist mit gutem Grund vermieden. Denn es giebt keine Möglichkeit, in einer so schwierigen Frage wie der vorliegenden die Grenzlinie in einer praktisch auch nur annähernd ausreichenden Weise durch drei oder vier Worte zu bestimmen.[3] Dieselben würden

1. Er lautet: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen des Verschuldens der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient.“

2. Wenigstens können wir für unsere Meinung positive Gründe anführen, während der für seine Ansicht beigebrachte Beleg bei Licht besehen eigentlich das ist, was Rümelin erst beweisen will.

3. Diese Schwierigkeit ist auch auf dem deutschen Juristentag sowie bei den Beratungen zum Entwurf des H. G. B. (cf. S. 38) mehrfach betont worden.

nur zum Angelpunkt zahlreicher und zum Teil höchst kleinlicher Kontroversen werden und können sich zudem der Entwickelung des gesetzgeberischen Gedankens in einer den Anschauungen des Verkehrs angemessenen Weise leicht störend entgegenstellen. Andererseits erscheint trotz des Mangels einer einschlägigen Gesetzesbestimmung eine Zersplitterung der Rechtsprechung durch die Einheitlichkeit der Revisionsinstanz im wesentlichen ausgeschlossen.

b) Eine extensive Interpretation im Sinne Rümelins entspricht nicht der bisherigen Gesetzgebung und Rechtsanschauung, denen doch das B. G. B. grundsätzlich zu folgen sich bemüht. Zur Erhärtung dieser Behauptung mögen folgende Belege dienen:

1. Wo die gemeinrechtliche Praxis den Prinzipal für ein Verschulden seiner Gehülfen verantwortlich macht, geschieht dies nur, soweit er die schuldhafte Handlung in Ausführung seiner Dienstverrichtungen begangen hat.[1]

2. Dieselbe Unterscheidung trifft der später abgelehnte art. 53 des Entwurfs zum H. G. B. (cf. S. 37).

3. Der bairische Entwurf II art. 66 lässt Vollmachtgeber und Dienstherren für den von ihren Beauftragten oder Dienstpersonen zugefügten Schaden haften, „soweit die Beschädigung in Ausführung des aufgetragenen Geschäfts oder Dienstes verübt wurde“.

4. Im Seerecht gilt, wie schon früher bemerkt wurde, das Prinzip des § 278 B. G. B. auf Grund des art. 451 H. G. B. Auch hier wird nur ein Verschulden der Schiffsbesatzung „bei Ausübung der Dienstverrichtungen“ in Betracht gezogen.

5. Wie Praxis und Wissenschaft über unsere Frage denken, zeigt die einstimmige Annahme folgenden Antrags auf dem siebenzehnten deutschen Juristentag (II, 13): „In

1. cf. S. 40, Litteratur auch in Dreyers Gutachten (Jur. T. I 58).

obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen aufgetragenen Verrichtungen begangene Verschulden."

6. Es lässt sich sogar zufälliger Weise aus dem Gebiet des bisherigen Reichsrechts ein Beweis dafür beibringen, dass unsere Interpretation mit der Richtung der deutschen Rechtsprechung grundsätzlich übereinstimmt. Aus dem Reichshaftpflichtgesetz § 1 folgt, dass der Unternehmer für allen Schaden einzustehen hat, den ein Arbeiter dem anderen „beim Betriebe" zufügt. Das Reichsversicherungsamt hat aber in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt,[1] dass vorsätzliche Körperverletzungen, welche einem Arbeiter von einem Mitarbeiter infolge eines Streits — sc. während der Arbeitsstunden — beigebracht werden, durch das Haftpflichtgesetz (folglich auch durch das Unfallversicherungsgesetz) nicht gedeckt seien. Eine derartige Verletzung ist nach der Auffassung des Reichsversicherungsamtes nicht „beim Betriebe", d. h. bei Ausführung der durch die Beschäftigung im Betriebe gebotenen Arbeiten, also ausserhalb des Betriebes erfolgt.

Das Reichsversicherungsamt hat daher in derartigen Fällen das Haftpflicht- (bezw. Unfallversicherungs-) Gesetz für nicht anwendbar erklärt. Da nun das Haftpflichtgesetz sowohl wegen seines Wortlauts („beim Betriebe," während § 278 B. G. B. sagt: „zur Erfüllung") als namentlich wegen seiner sozialen Tendenz noch eher zu einer extensiven Interpretation Veranlassung giebt als unser § 278, so steht zu erwarten, dass eine solche Auslegung bei letzterem um so weniger Platz greifen wird.

7) Eine höchst wertvolle Unterstützung erfährt unsere Ansicht durch R. H. G. B. § 431 (welcher sich dem H. G. B.

1. Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts IV, 455, 490. Rekursentscheidungen des Reichsversicherungsamts XXXI 25, 26, Woedtke, Unfallversicherung S. 81.

art. 400 anschliesst): „Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.“ Zur Erläuterung bemerkt die dem Entwurf des Gesetzes beigegebene Denkschrift (zu § 405 des Entwurfs) S. 261: „Durch den § 278 B. G. B. wird der art. 400 H. G. B. nicht vollständig ersetzt. Denn nach letzterem haftet der Frachtführer, wie in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt ist, für seine Leute auch dann, wenn eine Handlung in Frage steht, die der Angestellte nicht unmittelbar bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen vorgenommen hat.“ Die Auslegung, welche Rümelin dem § 278 zu Teil werden lässt, steht dazu in direktem Widerspruch und würde die Bestimmung des § 405 R. H. G. B. als praktisch überflüssig[1] und verwirrend erscheinen lassen.

8) Nach § 31 Bürg. Ges. Buches haftet ein Verein für solche zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen, welche ein Vorstandsmitglied in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen einem Dritten zufügt.

Warum sollte der Verein für Hülfspersonen in weiterem Umfang als für Vorstandsmitglieder haften?

Es liessen sich noch weitere positive Belege beibringen. Aus den hier angeführten erhellt aber zur Genüge, dass unsere Auslegung dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung entspricht. Der Behauptung Rümelin's, „alle früher (sc. der Haftung für Hülfspersonen) gezogenen Schranken hätten sich als willkürliche und irrationelle heraus-

---

1. Die Haftung der Eisenbahnen für ihre Leute wird nämlich in anderer und strengerer Weise durch R. H. G. B. § 438 geregelt, für den gewöhnlichen Frachtführer aber würde R. H. G. B. § 431 keine Erweiterung der Haftpflicht gegenüber dem nach Rümelin's Vorschlag interpretierten § 278 B. G. B. bedeuten.

gestellt," muss daher entschieden widersprochen werden. „Die Entwicklung," fährt Rümelin fort, „wird deshalb auch notwendig über den vom B. G. B. eingenommenen Standpunkt hinausdrängen." Gegen unsere Interpretation lässt sich aus dieser Annahme kein Argument herleiten. Möglicherweise wird sich später die Notwendigkeit ergeben, die Unternehmer oder wenigstens die grossen Unternehmer auch für ausserkontraktliches Verschulden ihrer Angestellten unbedingt haftbar zu machen; die durchaus unpolitische Frage aber, ob schon ein Verschulden „bei Gelegenheit" der dem Gehülfen obliegenden Verrichtung, oder ob nur ein Verschulden „in Ausübung" derselben den zur juristischen Zurechnung erforderlichen Zusammenhang mit der Obligation des Prinzipals herstellt, dürfte von jener Entwicklung schwerlich beeinflusst werden.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass sich Mataja (S. 83) ohne spezielle Rücksichtnahme auf das B. G. B. mit folgender Begründung im Sinne Rümelin's äussert: Eine Kontraktsverletzung liege schon dann vor, wenn nur der eine Kontrahent von dem Vertragsverhältnis einen Gebrauch macht, den zuzugestehen der andere nicht bereit gewesen wäre und vernünftigerweise nicht bereit sein konnte. Daher sei es als Kontraktsverletzung anzusehen, wenn der eine Kontrahent dem andern einen, wenn auch sorgfältig ausgewählten Gehülfen ins Haus schickt, welcher bei Gelegenheit der Arbeit den Kunden bestiehlt.

Allein der Rechtssatz, welcher die Prämisse Mataja's bildet, existiert weder nach dem geltenden Recht, noch nach dem des Bürg. Gesetzbuches. Denn grundsätzlich liegt ein Kontraktsbruch nur in einer schuldhaften Handlung; von dem aber, welcher von seinen vertragsmässigen Rechten irgend einen von dem anderen Teil nicht im Entferntesten vorausgesehenen Gebrauch macht, gilt, wenn er nur nicht gegen die guten Sitten verstösst, der Satz: qui iure suo utitur, neminem laedit. Denn es ist nicht, wie Mataja vermeint, das vermut-

liche oder vernünftige Interesse des einen Kontrahenten für das objektive Recht massgebend, sondern ein der Rechtsanschauung und den Verkehrsbedürfnissen angemessener Ausgleich der beiderseitigen Interessen.

B) Unser Ergebnis können wir dahin zusammenfassen, dass der Geschäftsherr nur dann aus § 278 belangt werden kann, wenn der Gehülfe unmittelbar bei der Ausführung der Erfüllungshandlungen ein Verschulden begangen hat. Diese Formel bietet nun aber für die praktische Handhabung nicht genug Sicherheit. Es muss vielmehr eine schärfere Grenzziehung vorgenommen werden. Und da können wir denn im Anschluss an den Ausgangspunkt unserer Darstellung (cfr. S. 73) sofort den Satz aussprechen, dass nur dann das Verschulden der Hülfsperson in dem geforderten unmittelbaren Zusammenhang mit den Erfüllungshandlungen steht, wenn die ihr zur Last gelegte That sich als eine Verletzung der besonderen Sorgfalt darstellt, welche zur ordnungsmässigen Ausführung der Erfüllungshandlungen notwendig ist.

Diese Voraussetzung erfüllt ein fahrlässiges Thun des Gehülfen nur, wenn die Schadenszufügung auf das Misslingen einer Erfüllungshandlung selbst zurückzuführen ist. Da nun der Begriff der letzteren im Einzelfall leicht festzustellen ist, so erhellt, dass hinsichtlich der fahrlässigen Vergehungen des Gehülfen die Grenze ohne Mühe abgesteckt werden kann.

Weit grössere Schwierigkeiten bereiten die vorsätzlichen Delikte des Gehülfen. Man könnte hier vielleicht sogar die Haftung des Prinzipals ganz ablehnen, etwa aus folgender Argumentation heraus: Hülfsperson wird man nur dadurch, dass man gemäss dem Willen des Geschäftsherrn in Thätigkeit tritt. Wesentlich für den Begriff der Hülfsperson ist also die Kongruenz der beiderseitigen Willensinhalte. Will nun jemand in einer einzelnen Beziehung

etwas anderes, als der Geschäftsherr, so ist er **insoweit** nicht mehr Hülfsperson. Der Delinquierende ist daher nie „Hülfsperson", sofern er nicht etwa von dem Principal angestiftet war.

Aber gegen diese Argumentation erheben sich sofort gewichtige Bedenken.

Soll der Prinzipal, welcher dem Gläubiger die geschuldete Sache durch einen Diener zuschickt, sich, wenn letzterer die Sache böswillig vernichtet, damit entschuldigen können, der Diener habe nicht fahrlässig, sondern böswillig gehandelt? Soll der Juwelier, welcher die ihm aufgetragene Reparatur eines Wertgegenstandes durch einen Arbeiter seines Geschäfts ausführen lässt, frei ausgehen, wenn der Arbeiter z. B. einen Edelstein arglistig vertauscht? Sicherung des Gläubigers, welche nach unseren früheren Darlegungen Zweck und Grundgedanke des § 278 ist, würde auf solchem Wege nimmermehr erreicht werden, zudem vermag der klare Wortlaut des § 278 („ein **Verschulden** der Personen u. s. w.", nicht Fahrlässigkeit) die oben versuchte restriktive Interpretation nicht zu rechtfertigen.

In der That bleibt es der Verkehrsauffassung und einer ihr entgegenkommenden juristischen Betrachtungsweise gleichgültig, ob vielleicht der Wille des Gehülfen in einer einzelnen Beziehung von dem des Prinzipals divergiert; es kommt vielmehr darauf an, ob der Delinquierende seinem Gesamtverhalten nach noch als Hülfsperson zu betrachten ist oder ob der Deliktswille so überwiegt, dass das Gehülfenverhältnis gegen ihn ganz zurücktritt. Diese Unterscheidung mag praktisch erhebliche Schwierigkeiten verursachen, undurchführbar ist sie aber m. E. nicht.

In der Praxis wird dann nicht leicht ein Ueberwiegen des Deliktswillens angenommen werden dürfen, wenn das Gehülfenverhältnis den Charakter einer Vertrauensstellung trägt. Es ist daher der Juwelier für den Goldarbeiter (siehe oben), die Depositenbank für den defraudierenden Beamten (vgl. S. 62), gemäss § 278, also unbedingt verantwortlich zu machen. Auch wo es sich um mutwillige Delikte einer

Hülfsperson, namentlich um Sachbeschädigung handelt, dürfte regelrecht die Anwendung des § 278 am Platz sein. Dagegen kann, um einen in der Litteratur citierten Fall heranzuziehen, der Fuhrherr regelmässig nicht für seinen Kutscher haftbar gemacht werden, wenn dieser das Mädchen, welches er fahren soll, unterwegs notzüchtigt.

In der bisherigen Litteratur ist unsere Frage bereits gestreift worden, und zwar von Rümelin (Anm. 117). Nach ihm soll der Prinzipal haften, wenn der Gehülfe speziell durch die Art der vorzunehmenden Arbeit in Versuchung geführt wird, falls nicht zu dem dadurch gegebenen Anlass der geoffenbarte verbrecherische Sinn in keinem Verhältnis steht.

Diese Auffassung unterscheidet sich von der unsrigen materiell im wesentlichen dadurch, dass sie der letzten noch eine besondere Voraussetzung („wenn der Gehülfe . . . . . . geführt wird") hinzufügt. Aber gerade diese neue Bedingung unterliegt erheblichen theoretischen und praktischen Bedenken. Denn sie macht die Haftung des Prinzipals von der Individualität der Hülfsperson, also einem juristisch rein zufälligen Umstand abhängig. Rümelin selber bildet das folgende missliche Beispiel: „Wird der Dolus der Sachbeschädigung in dem etwas leidenschaftlichen Gehülfen durch einen Streit mit dem Besteller hervorgerufen" so muss der Prinzipal dafür einstehen. Da lässt sich denn die Konsequenz nicht abweisen, dass der Meister unter Umständen für einen Gewohnheitsverbrecher, den er schuldloser Weise in seinen Dienst gestellt hat, dagegen ceteris paribus nicht für einen im allgemeinen unbescholtenen Gesellen haften müsste — eine Entscheidung, die jedem gesunden Rechtsgefühl unverständlich bleibt.

Und ebenso wird man bei nochmaliger Betrachtung der oben (Seite 80/81) angeführten praktischen Fälle finden, dass die Ansicht Rümelins unter Umständen geradezu zu Ungeheuerlichkeiten führen kann.

II. Die bisherigen Ausführungen dieses Paragraphen haben gezeigt, dass und inwiefern der Gehülfe innerhalb der Obligationssphäre thätig geworden sein muss, um den Geschäftsherrn durch unerlaubte Handlungen zu verpflichten. Es ist nunmehr[1] kurz auf die theoretisch minder schwierige und praktisch weniger bedeutsame Thatsache einzugehen, dass auch der Gegenstand des Schadens sich innerhalb der Obligationssphäre befunden haben muss. Die Notwendigkeit dieser weiteren Voraussetzung leuchtet ein, wenn man sich folgenden Fall vergegenwärtigt. Jemand wird von einem Lastwagen überfahren, auf welchem sich eigene, zum Transport bestimmte Waaren des Verletzten befinden. Der Fuhrmann lässt sich hier offenbar die Fahrlässigkeit unmittelbar bei der Ausführung der Erfüllungshandlung, d. i. des Transports, zu Schulden kommen, und doch sehen wir sofort, dass der Frachtführer, also der „Prinzipal" des Kutschers, in der Regel nur nach den Grundsätzen des § 831 (über ausserkontraktliche Schadenszufügung) zur Rechenschaft gezogen werden kann. Wie ist nun diese Notwendigkeit juristisch zu deduzieren?

Es ist einfach das schon früher zur Genüge erörterte Prinzip des § 278 anzuwenden. Dem Gläubiger soll die ordnungsmässige Befriedigung seiner Forderung auch trotz der Gehülfenzuziehung gewährleistet werden; er wird deshalb gegen die Gefährdungslage versichert, welche für ihn adurch entsteht, dass der Gehülfe regelmässig, um die Obligation seines Prinzipals erfüllen zu können, in eine nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses näher zu bestimmende Berührung mit der Rechtssphäre des Gläubigers treten muss. Aber auch nur gegen diese Gefährdung will das Gesetz letzteren schützen. Soweit sich dagegen unabhängig von den Zwecken der Erfüllungshandlungen,

1. Die für die Anordnung des Stoffs gewählte Systematik entspricht den S72--73 gegebenen Andeutungen.

namentlich rein zufälliger Weise thatsächliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Gehülfen bilden — anders ausgedrückt: soweit sich diese Beziehungen nicht als regelmässige und notwendige Begleiterscheinung der Erfüllungshandlungen nach den Begriffen des Verkehrs darstellen, kann der Schuldner auch nicht ex contractu auf Schadensersatz belangt werden.

Das Gesagte lässt sich durch Umformungen unseres obigen Beispiels verdeutlichen. Man nehme an, der Gläubiger, etwa ein kleiner Gewerbetreibender, habe den Fuhrmann, der Waaren von ihm abgeholt hat, auf dem Transport begleitet. Dann wird man den Prinzipal haften lassen, wenn der Gläubiger ein der Sachlage nach berechtigtes Misstrauen gegen den Fuhrmann hegte und diesen lediglich auf dem Transport überwachen wollte, oder wenn sonst nach dem Geschäftsgebrauch und dgl. die Anwesenheit des Absenders als regelmässige Begleiterscheinung aufgefasst werden muss. Hat aber der Gläubiger den Lastwagen nur aus offenbar übertriebener Aengstlichkeit oder etwa zum Zeitvertreib begleitet, so kann er gegen den Fuhrherrn nur eine ausserkontraktliche Schadensersatzklage aus § 831 anstrengen.

III. Aber auch wenn der Gehülfe die schädigende Handlung innerhalb der Obligationssphäre vorgenommen hat, bewirkt sie nicht notwendig eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Schuldners. Den Gehülfen muss vielmehr auch ein Verschulden treffen. Diese Vorschrift ist aus dem Prinzip des § 278 (Sicherung der Obligationserfüllung!) nicht zu erklären, stellt sich vielmehr als eine auf Billigkeitsrücksichten basierende Ermässigung dieses Prinzips dar. Eine Handlung, für welche man den Gehülfen selbst grundsätzlich in keiner Hinsicht verantwortlich machen kann, die gewissermassen nur mechanisch von ihm ausgeführt ist, erscheint dem Gesetzgeber als ein Zufall, den niemand zu vertreten hat.

Eine grosse praktische Bedeutung kommt dieser Abweichung vom Prinzip nicht zu, wie die folgenden Einzelheiten erkennen lassen.

a) Der Schuldner braucht nach dem Gesagten überhaupt nicht (hinsichtlich des § 278) für solche Personen aufzukommen, denen ihre That wegen jugendlichen Alters (§ 828) nicht zugerechnet werden kann. Zu praktischen Bedenken kann dieser Folgesatz keine Veranlassung geben. Kinder unter sieben Jahren dürften im Erwerbsleben heute kaum noch verwendet werden, von älteren Kindern kann man, wenn der ihnen übertragene Geschäftskreis ihrer geistigen und körperlichen Reife angemessen ist, die Beobachtung einer entsprechenden Diligenz verlangen.[1] Uebersteigen aber die den Kindern zugemuteten Aufgaben ihre Fähigkeiten, so wird in der Regel ein Verschulden des Geschäftsherrn selbst vorliegen. Der Gläubiger ist also in jedem Fall gedeckt.

b) Weniger günstig gestalten sich prima facie die Schadensersatzansprüche des Gläubigers gegen den Prinzipal, wenn der Gehülfe sich in einem Zustand der Betrunkenheit befindet — oder in einen solchen gerät —, welcher seine freie Willensbestimmung ausschliesst; in thesi könnte dann der Geschäftsherr ebensowenig wie der Gehülfe aus § 278 (bezw. 823) verantwortlich gemacht werden. Das Gesetz hilft aber hier durch die Verschuldensvermutung des § 827: „Der Thäter, welcher sich . . . . berauscht hat, ist für den Schaden, welchen er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht hat, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlich-

1. § 828 Abs. 2 sagt: „Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.“

keit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in diesen Zustand geraten ist."

c) Ueber die Verteilung der Beweislast ist zu bemerken: Da der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung bei Unmöglichkeit derselben nur durch den Nachweis befreit wird, dass er den Grund der Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat (§ 275), so müsste er wenigstens in diesem Fall die Schuldlosigkeit des Gehülfen darthun, wenn er von der Leistung befreit sein will.

Die Frage, ob sich der Gehülfe im Verschulden befunden hat, kann aber z. B. auch gelegentlich einer gegen den Prinzipal gerichteten Klage auf Ersatz wegen Schadenszufügung streitig werden. Hinsichtlich der Beweislast dürfte dann ebenso wie in dem obigen Fall zu entscheiden sein. Denn wenn sich unser § 278 wirklich zum Ziel setzt, die beim Verschuldungsprinzip aus der Gehülfenzuziehung resultierende thatsächliche Benachteiligung des Gläubigers wieder auszugleichen, es materiell für letzteren gleichgültig zu machen, ob der Schuldner in Person oder durch Gehülfen leistet, so muss der Schuldner durchweg die in der Obligationssphäre erfolgten Handlungen der Hülfsperson wie seine eigenen gegen sich gelten lassen, im Zweifel daher auch ihre Diligenzmässigkeit beweisen.

Anhang: Zum Schluss des Paragraphen noch einige Worte über den Umfang des zu ersetzenden Schadens. Es handelt sich hier nur um die Frage: Muss der Prinzipal, wenn der Gehülfe eine Person beschädigt hat, auch für die Nachteile, welche der Verletzte hinsichtlich seiner Erwerbsfähigkeit und seines späteren Fortkommens erlitten hat (§ 842), sowie für den immateriellen Schaden (§ 847) Ersatz leisten?

a) Letzteres ist abzulehnen. Der Anspruch aus § 847 ist nicht als ein integrierender Bestandteil der Schadensersatzforderung anzusehen: sowohl seiner historischen Entwicklung nach (als Fortbildung des sog. Schmerzensgeldes)

als auch wegen seiner eigenartigen Ausgestaltung im Gesetz selber muss ihm eine selbständige rechtliche Existenz eingeräumt werden.

b) Die Nachteile dagegen, welche das Delikt „für Erwerb und Fortkommen herbeiführt", gehören mit zu dem „Vermögensschaden" und müssen daher von jedem, der für letzteren — sei es auch ex contractu — aufzukommen hat, ersetzt werden. Dass § 842 in dem Titel über „unerlaubte Handlungen" steht, erklärt sich daraus, dass die Rechtsanschauung unwillkürlich die Ersatzpflicht aus Personenbeschädigung mit den Delikten zusammenstellt. Natürlich kann aber jene Ersatzpflicht in kontraktlichen Verhältnissen nicht niedriger als in ausserkontraktlichen bemessen werden.

§ 10.

Wegfall der Haftung.

Nach § 278 Satz 2 kann die Haftung sowohl für fahrlässige als für vorsätzliche schadenstiftende Handlungen von Hülfspersonen ausgeschlossen werden.[1] Einer ausdrücklichen Abrede der Parteien steht natürlich ein aus dem Wesen der Sache sich ergebender Wegfall der Haftung gleich.

I. Betrachten wir zunächst den Fall der besonderen vertragsmässigen Abmachung. Vor allem ist hier die Frage zu erörtern, inwiefern dieselbe gegen die guten Sitten verstossen kann, was ihre Nichtigkeit zur Folge haben würde. (§ 138.)

Schon im geltenden Recht wird die Nichtigkeit der betreffenden Vertragsklausel für den Fall angenommen, dass

1. Andere Rechte gehen nicht so weit. Die französische Praxis verwirft den Ausschluss gänzlich, weil die Haftung aus Gründen der Verkehrssicherheit eingeführt sei, und Schw. O. R. Art. 114 bestimmt: „Steht der (sc. auf die Haftung) verzichtende Teil zu dem anderen in einem Dienstverhältnis oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich koncessionierten Betriebes, so kann die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden."

ein Grossfrachtführer kraft seines thatsächlichen Monopols den Absender zum Abschluss eines Transportvertrages zwingt und nun diese Zwangslage benutzt, um sich den Wegfall der Haftung für Verschulden (oder selbst nur für leichtes Verschulden) des Gehülfen auszubedingen. Bei einer Anwendung dieses Rechtsgedankens auf Fälle des bürgerlichen Lebens wird man freilich vorsichtig verfahren müssen. Zweifellos ist hier der Ausschluss nichtig, wenn er unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Gegenkontrahenten bedungen wird und ökonomisch zu einem auffälligen Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen führt. (§ 138^{II}) Diese Voraussetzungen freilich dürften kaum jemals verwirklicht werden.

Andererseits darf aber auch nicht aus einem thatsächlichen Monopol gefolgert werden, dass der Ausschluss der Haftung gegen die guten Sitten verstosse. Denn man darf den Inhaber des Monopols nicht schlechter stellen als andere Rechtssubjekte. Man kann ihm z. B. nicht verbieten, sich gegen angemessene Ermässigung der sonst von ihm berechneten Sätze auch eine Ermässigung seiner Haftung auszubedingen.[1] Nur dann kann man von „Unsittlichkeit“ im privatrechtlichen Sinn reden, wenn entweder im Einzelfall die Voraussetzungen des § 138^{II} (siehe oben) vorliegen oder wenn im allgemeinen der durch die Monopolstellung des Unternehmers begünstigte Ausschluss der Haftung eine so anomale Preisbildung erzeugt, dass infolge der Ausbeutung des Publikums die gesunde Weiterentwicklung des Verkehrs gehemmt wird.

Die ganze Frage besitzt nicht die Bedeutung, die man ihr auf den ersten Blick beizulegen geneigt ist. Denn gerade für den wichtigsten Fall entbehrt sie der Aktualität, da die Haftpflicht der Eisenbahnen sowohl nach dem alten wie

1. So in analoger Anwendung der §§ 81 und 85 der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands sowie des § 461 R. H. G. B. Unzutreffend m. E. Endemann a. a. O. S. 500 Anm. 15.

nach dem neuen Handelsgesetzbuch kraft zwingenden Rechts normiert ist.

II. Der Ausschluss der Haftung kann sich auch aus der Natur der Sache ergeben. Namentlich drängt sich uns die Frage auf, ob der Schuldner in den zahlreichen Fällen, in denen er selbst für eigenes Verschulden nur in beschränktem Masse, d. h. unter besonderen Voraussetzungen haftet, für seine sorgfältig ausgewählten und beaufsichtigten Gehülfen unbedingt (oder wenigstens über § 831 hinaus) einstehen soll. In Betracht kommen hierbei die Verhältnisse, in denen der Schuldner nur culpa in concreto[1] oder gar nur grobes Verschulden zu vertreten hat.

Eine einfache Ueberlegung drängt uns nun folgenden logisch zwingenden Schluss auf: Die beiden letztgenannten Haftungsarten stellen sich als eine Erleichterung gegenüber der regelmässig vom Schuldner verlangten „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" dar. Dieser Haftungsmodus erscheint nun aber seinerseits wieder (sc. vom Standpunkt des auch dem B. G. B. innewohnenden Verschuldungsprinzips aus,

1. Der Begriff der Sorgfalt, welche man in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, wird verwendet in den §§ 690 (unentgeltliches Depositum), 708 (Gesellschaft), 1359 (Verhältnis der Ehegatten zu einander), 1664 (Verhältnis von Vater und Kind hinsichtlich der Ausübung der elterlichen Gewalt) und 2133 (Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben in Ansehung der Nachlassverwaltung). In den drei letzten Fällen handelt es sich, wie sofort ersichtlich, nicht um echte Verbindlichkeiten, sondern nur um Korrelate gewisser Rechte (vgl. § 7); sie können daher ebensowenig wie § 708 (da es ja innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses keine Hülfspersonen giebt, vgl. § 8) für die obigen Erörterungen überhaupt noch in Betracht kommen. Will man übrigens den Begriff der unechten Verbindlichkeit nicht anerkennen, so können die Ausführungen des obigen Textes auch auf die Fälle der §§ 1359, 1664, 2133 bezogen werden; an dem Resultat wird dadurch nichts geändert.

cf. § 6) als ein Minus gegenüber der — ausserordentlichen — Haftung für Gehülfen. Um wie viel mehr muss der, welcher nicht einmal für jedes eigene Verschulden einzustehen hat, von der unbedingten Verantwortlichkeit für Hülfspersonen befreit sein.

Eine weitere Behandlung des Gegenstandes würde sich erübrigen, wenn nicht der Text des Gesetzbuches zu Bedenken Anlass gäbe. Aber es heisst dort, dass der Schuldner ein Verschulden seiner Hülfspersonen „in gleichem Umfang“ wie eigenes zu vertreten habe. Man könnte diese Wendung nun vielleicht in dem Sinne deuten, dass der Geschäftsherr, wo er selbst nur für grobe Fahrlässigkeit bezw. culpa in concreto — d. h. also für schuldhafte Verstösse gegen die Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, — aufzukommen hat, zwar nicht jede Fahrlässigkeit seiner Hülfspersonen, aber doch deren grobe Fahrlässigkeit bezw. culpa in concreto gegen sich gelten lassen müsste.

Wir wollen jedoch im folgenden nachzuweisen versuchen, dass der Wortlaut des Gesetzes eine anderweitige Auslegung zulässt, und letztere allein den Anforderungen der Theorie und des Lebens sowie dem Geist unseres Gesetzbuches entspricht.

Auf die Wendung „in gleichem Umfang“ ist nach unserer Auffassung überhaupt kein Nachdruck zu legen, sie soll nicht mehr besagen als etwa ein „ebenso“, nur dass statt dieses Wortes aus stilistischen Gründen ein vollerer Ausdruck gewählt ist. Der Sinn der Gesetzesstelle wäre demnach: „Der Schuldner hat ein Verschulden seiner Hülfspersonen ebenso wie sein eigenes zu vertreten.“ Mit dieser Regel würde sich der Wegfall der Haftung für Gehülfen, falls der Schuldner nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bezw. culpa in concreto einzustehen hat, als Ausnahme wohl vereinen lassen. Dafür spricht auch, dass der erste Entwurf (§ 224, vgl. S. 74 Anm. 1) die Wendung „in

gleichem Umfang" nicht enthält. Denn dass die zweite Kommission den von uns bekämpften Gedanken absichtlich in den § 278, im Gegensatz also zum ersten Entwurf (an den sich doch auch die zweite Kommission anschloss), habe hineinlegen wollen, darf um deswillen nicht vermutet werden, weil nicht das geringste praktische oder theoretische Bedürfnis danach bestand, zumal auch die inneren Widersprüche der gegnerischen Meinung leicht genug hervortreten.

Vor allem aber sprechen sachliche Gründe gegen die Anwendbarkeit des § 278 auf die hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse. Denn der Grundgedanke des § 278 — möglichste Sicherung des Gläubigers hinsichtlich der Obligationserfüllung — und die auf Abschwächung der Verbindlichkeit des Schuldners gerichtete Tendenz, welche den Gesetzgeber beherrscht, indem er den Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit (bezw. culpa in concreto) verantwortlich macht, lassen sich in keiner Weise mit einander vereinen. Vielmehr muss § 278 als ein Satz des allgemeinen Obligationenrechts den besonderen Normen, welche sich aus der Natur der speziellen Schuldverhältnisse ergeben, weichen.

Auch sei noch auf folgenden Punkt hingewiesen, in welchem die innere Unhaltbarkeit der von uns bekämpften Gesetzesauslegung deutlich zu Tage tritt.

Letztere erfordert nämlich, dass man in den Verhältnissen, in denen nur für culpa in concreto gehaftet wird,[1]

1. Es sind dies der unentgeltliche Verwahrungsvertrag (S. 88 Anm. 1),Kontrakte mit ausdrücklicher Beschränkung der Haftung auf culpa in concreto und nach dem Wortlaut des Gesetzes (cf. §§ 705 und 708) wahrscheinlich auch die etwaige Verbindlichkeit eines Gesellschafters zur Leistung von Einlagen. (Ueber die „Verpflichtungen" des Gesellschafters vgl. übrigens S. 88 ff.). Doch sprechen gewichtige, hier nicht zu erörternde Gründe dafür, dass in diesem Fall trotz § 708 die Haftung für jedes Verschulden eintritt.

die Sorgfalt, welche der einzelne Gehülfe in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zum Massstab der Haftung des Geschäftsherrn mache.[1] Es ist aber, wie schon bei einer ähnlichen Gelegenheit hervorgehoben wurde, eine mit dem Rechtsgefühl ganz unverträgliche Willkür, die Verantwortlichkeit des Schuldners von einem für das Obligationsverhältnis so gleichgültigen Umstand abhängen zu lassen, wie es die von dem Gehülfen in seinen eigenen Angelegenheiten gewöhnlich beobachtete Sorgfalt ist. Dabei ergiebt sich praktisch noch folgende erhebliche Schwierigkeit: In Bezug auf die einzelne That eines Gehülfen wird sich in der Regel kaum feststellen lassen, welche Sorgfalt er hinsichtlich der betreffenden Handlung in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Denn Gehülfenhandlungen sind regelmässig technischer Art, sie pflegen uns daher bei der Besorgung unserer eigenen Geschäfte nicht vorzukommen. Und selbst wenn man ein allgemeines Werturteil über das Gesamtverhalten des betr. Gehülfen zur Grundlage für die Ermittlung der Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, nehmen würde, so könnte man sich damit, von allen andern Bedenken abgesehen, doch nicht über die Schwierigkeit hinwegsetzen, dass jemand möglicher Weise auf „seine eigenen Angelegenheiten" eine sehr geringe, auf seine Thätigkeit als Gehülfe aber eine sehr grosse Sorgfalt zu verwenden pflegt, und umgekehrt.

Wir wenden uns nunmehr von der logisch-theoretischen zur praktischen Seite der Sache. Man wähle folgendes

1. Noch weniger kann man m. E. mit Planck a. a. O. den Schuldner in unserem Fall dann für den Gehülfen verantwortlich machen, wenn letzterer minder sorgfältig gewesen ist, „wie der Schuldner in seinen eigenen Angelegenheiten gewesen sein würde." Wie, wenn der Schuldner eine juristische Person ist? Eine ausführliche Widerlegung der Ansicht Plancks soll hier nicht gegeben werden, da erstere mutatis mutandis den weiteren Ausführungen unseres Textes entnommen werden kann.

Beispiel: A. hat dem B. (sc. in gehöriger Form) schenkungsweise einen bestimmten Gegenstand versprochen. Er beauftragt seinen Diener, bei dessen Anstellung und Beauftragung er erweislich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hatte, damit, dem B. die Sache zuzustellen. Dieselbe wird aber unterwegs von dem Diener in grob fahrlässiger Weise beschädigt.

Nun hat der Schenker nach § 521 B. G. B. nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Teilt man aber unsere Ansicht nicht, so muss man dem B. eine Klage gegen den schuldlosen A. auf Schadensersatz gewähren — ein Resultat, welches dem Geist, in welchem das römische Recht und mit ihm das B. G. B. die Schenkung regelt, durchaus widerspricht. Den Schenker sollen eben die gewöhnlich mit einer Obligation verbundenen accessorischen und eventuellen Verpflichtungen nicht treffen[1]. Dass er immerhin für grobe Fahrlässigkeit haftet, erklärt sich daraus, dass diese dem Vorsatz, zum mindesten in kontraktlichen Verhältnissen, grundsätzlich gleich gestellt wird, dieser aber immer vertreten werden muss.

Und was von der Schenkung gesagt wurde, gilt mutatis mutandis von den anderen Rechtsverhältnissen, in denen der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. Als Beispiel sei noch § 680 herausgegriffen, welcher die Haftung des Geschäftsführers ohne Auftrag auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt, wenn dem Herrn dringende Gefahr droht. Man setze etwa den Fall, dass in einem Dorf oder einer kleinen Stadt ein Haus in Brand gerät. Der Befehlende der (privaten) freiwilligen Feuerwehr oder eine sonst geeignete Persönlichkeit übernimmt, ohne vom Eigentümer dazu ermächtigt zu sein, z. B. weil dieser nicht anwesend ist, die Leitung der Löscharbeiten. Soll man ihn

---

1. Man vgl. z. B. hinsichtlich der Verzugszinsen B. G. B. § 522.

da für jedes grobe Versehen seiner Gehülfen einstehen lassen, auch wenn ihn selbst kein Verschulden getroffen hat? Unser Rechtsgefühl würde sich mit einer Bejahung dieser Frage nicht leicht abfinden können. Aehnliches gilt von der Bergung und Hülfeleistung in Seenot u. a. m.

Wir dürfen mithin als Resultat unserer Untersuchung aussprechen, dass § 278 nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn der Schuldner mindestens für jedes eigene Verschulden haftet.[1]

Zusatz.

In § 5 dieser Arbeit ist schon hervorgehoben worden dass das geltende Handelsrecht bereits den Frachtführer für Verschulden seiner Leute in ausserordentlich weitem Umfange einstehen lässt. Das R. H. G. B. hat diese Haftpflicht (als zwingendes Recht) für Eisenbahnen im § 458 aufrecht erhalten, im übrigen aber durch § 431, welcher sich an B. G. B. § 278 anlehnt (cf. S. 77 dieser Arbeit), beschränkt, wie es denn überhaupt die Stellung des Frachtführers innerhalb gewisser Grenzen aufzubessern sich bemüht. Immerhin aber ist § 431 R. H. G. B. wegen seines Wortlauts („Verschulden seiner Leute"), der gesetzgeberischen Absicht (Denkschrift S. 261 cf. S. 77 dieser Arbeit), der besonderen Natur des Frachtgeschäfts und seiner eigenartigen historischen Entwicklung abweichend von unserem § 278, nämlich extensiver, sowie überhaupt im Anschluss an die bisherige Praxis zu interpretieren. Darauf kann aber hier nicht näher eingegangen werden.

1. Abw. Planck a. a. O.

Im übrigen kommt jedoch § 278 B. G. B. sowohl im Gebiet des gesamten Handelsrechts wie überhaupt allgemein auf die reichsgesetzlich geregelten obligatorischen Verhältnisse zur Anwendung — dies schon deshalb, weil das B. G. B. als die Grundlage des gesamten Reichsprivatrechts wird behandelt werden müssen, dessen Teile, aus denselben Quellen geflossen, ihrer Entstehungszeit nach eng zusammengedrängt, auf dieselben sozialen Verhältnisse bezüglich und im wesentlichen von denselben Tendenzen beherrscht, als ein einheitliches Ganzes aufzufassen sind.

Wird man § 278 aber auch auf die obligatorischen Verhältnisse anwenden dürfen, welche durch das E.-G. der Landesgesetzgebung überlassen sind, wie Gesinde-, Verlags- und Versicherungsvertrag? Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen. Nach E. G. art. 55 treten die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Kraft, soweit nicht im B. G. B. oder dem E. G. etwas anderes bestimmt wird. Wenn nun nach art. 76 die dem Verlagsrecht angehörigen Vorschriften unberührt bleiben, so ist dies doch nur auf die spezifisch verlagsrechtlichen Vorschriften zu beziehen. Ebenso wie der allgemeine Teil des B. G. B. muss daher der in der Wissenschaft sogenannte „allgemeine Teil“ des Obligationenrechts (B. G. B. Buch II, Abschnitt I—VI) für das Landesrecht als massgeblich erachtet werden, soweit sich nicht aus der Natur des konkreten Verhältnisses etwas anderes ergiebt und soweit nicht das Landesrecht eine abweichende Sonderrechtsregel aufgestellt hat oder aufstellen wird. Hinsichtlich des Gesinderechts sind aber derartige, die Anwendung des § 278 B. G. B. ausschliessende landesrechtliche Bestimmungen durch art. 95 Abs. 2 E. G. ausdrücklich ausgeschlossen.

Inhaltsübersicht.

Erstes Kapitel:

Das bisherige Recht.

Zweites Kapitel:

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Druck von E. Ebering, Berlin W. Mohrenstr. 59.

Berichtigungen.

S. 4 Zeile 10 lies „R. H. G. B.“ statt „G. H. G. B.“
S. 12 Anm. 1 lies „entscheidendes“ statt „entschiedenes“.
S. 18 Anm. 1 lies „merx“ statt “merces“.
S. 22 Zeile 15 ergänze „vor“ hinter „Frage“.
S. 23 Zeile 4 lies 2 statt 1.
S. 28 Anm. 1 lies „S. 21 Anm. 1“ statt „§ 2 Anm. 11“.
S. 29 Zeile 24 lies „gestattet“ statt „gestaltet“.
S. 31 Zeile 16 lies „Diese“ statt „Die“.
S. 45 letzte Zeile lies „letzteren nicht“ statt „letztert“.
S. 49 Zeile 19 lies „dessentwillen“ statt „dessenwillen“.
S. 49 Zeile 21 lies „gewährleistet“ statt „gewährgeleistet“.
S. 60 Zeile 14 lies „unübersehbaren“ statt “übersehbaren“.
S. 90 Anm. 1 Zeile 6 lies S. 67 statt S. 88.



Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft II.

Die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden.
Von Dr. Curt Guderian.



Berlin 1899

Die Beihülfe zum Selbstmord

und die

Tötung des Einwilligenden.

Von

Dr. Curt Guderian.



Berlin 1899
Verlag von E. Ebering.

Dem Andenken meines Vaters.

Erster Abschnitt.

Die Beihülfe zum Selbstmord.

§ 1.

Der Selbstmord.

Selbstmord begeht, wer durch freiwilliges Verhalten vorsätzlich seinen Tod herbeiführt. Das Verhalten kann in einem Handeln oder Unterlassen bestehen. Demnach ist Selbstmörder ebenso wohl, wer sich eine Kugel vor den Kopf schiesst oder Gift nimmt, als wer dem blinden Walten von Naturkräften sich nicht entzieht, wie der Kapitän, welcher die Rettung verschmähend mit dem sinkenden Schiffe zu Grunde geht.

Dagegen fallen nicht unter den Begriff des Selbstmordes alle Handlungen, welche, nur aus Fahrlässigkeit begangen, den Tod des Handelnden verursacht haben, wie unvorsichtiges Experimentieren mit Sprengstoffen, leichtsinniges Handhaben einer Schusswaffe. Denn der Handelnde muss den Erfolg vorausgesehen und ihn gebilligt haben, so dass auch die Ueberzeugung von dem sicheren Eintritte desselben ihn nicht von der Begehung der Handlung zurückgehalten haben würde. Daher verübt auch nicht Selbstmord, wer einem Ertrinkenden zu Hülfe in das Wasser springt, obwohl er, als schlechter Schwimmer, die Möglichkeit, mitumzukommen, nicht verkennt, oder wer, um einen anderen zu retten, in das brennende Haus eilt, aber in den Flammen selbst den Tod findet. Denn in beiden Fällen wäre die Handlung unterblieben, wenn die Handelnden mit Bestimmtheit ihren Tod vorausgesehen hätten.

Die modernen Anschauungen über Selbstmord sind auf dem Boden des Christentums erwachsen.

Die Römer hielten den Selbstmord nicht für unmoralisch, unter Umständen sogar für eine Pflicht. So sagt Dio Cassius[1]: *Εἰς τοιαύτην γὰρ τάξιν τὰ πράγματα ἐληλύθει, ὥστε ἀρετὴν νομίζεσθαι τὸ αὐτοχειροφονεῖσθαι.* Daher sahen die römischen Juristen im Selbstmorde auch kein Verbrechen und straften weder den vollendeten Selbstmord noch den Versuch desselben.[2]

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen die christlichen Völker. Nach der Lehre des Christentums ist Selbstmord eine schwere Sünde und widerstreitet den Grundsätzen der Moral.

Demgemäss erklärte das kanonische Recht den Selbstmord für eine strafbare Handlung[3] und bezeichnete ihn in gleicher Weise wie die Tötung eines anderen als „homicidium." Die Strafe des Selbstmordes war Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses.

Die Bestimmungen des kanonischen Rechts waren auch für das weltliche Recht Deutschlands bis weit in die Neuzeit hinein massgebend. Daher galt der Selbstmord als Verbrechen und wurde regelmässig mit unehrlichem Begräbnis[4]

1. Exerc. Vatic. N. 89 p. 207.

2. Diese Regel wird nicht durch die Bestimmung der l. 38 § 12 D. de poenis 48,19 umgestossen, wonach der Selbstmordversuch eines Soldaten mit dem Tode bestraft wird, sofern nicht Krankheit, Schmerzen, Trauer und ähnliche Momente den Anlass gegeben hatten, in welchen Fällen der Soldat nur als infam kassiert wurde. Denn nicht gegen den Selbstmordversuch an sich, sondern gegen die durch ihn hervorgerufene Lockerung und Gefährdung der Disciplin im Heere wandte sich der Gesetzgeber.

3. Can. 9—12 Caus. 23 qu. 5; cap. 11 X de sepultura 3,28.

4. Verscharren der Selbstmörder unter dem Galgen durch den Scharfrichter ordnen an z. B. „die Verordnung des Hadelerschen Landtgerichts und Rechtens" 1584 T. V, Titel 18; Ofner Stadtrecht 1244—1421 herausgeg. von Michnay und Lichner

bestraft. Zuweilen ist indessen auch völlige oder teilweise Vermögenskonfiskation die Folge.[1]

Der Umschwung trat in der Mitte des vorigen Jahrhunderts ein. Die Zeit der Aufklärung verwarf die Be-

1845 Art. 261; Codex Juris Bavarici Criminalis 1751 Bd. I Cap. 3 § 25. — Allgemeines Gesetz Joseph's II. über Verbrechen und derselben Bestrafung vom 13. Januar 1787 Cap. IV § 123 verordnet, dass der Leichnam des Selbstmörders, der gleich tot geblieben ist, oder ohne Bezeigung von Reue gestorben ist, verscharrt werde; falls er vor dem Tode „Reue gezeigt, so ist dem Körper nur die ordentliche Grabstätte zu versagen und er ohne alle Begleitung und Gepräng einzugraben.“ Einzelne Rechte bestimmen, dass die Leiche des Selbstmörders nicht durch die Thür hinausgeschafft werden dürfe, sondern durch das Fenster, oder durch ein Loch unter der Schwelle; so die Goslarischen Statuten, herausgeg. von Göschen 1840 S. 38. Ebenso Weisthum zu Dreis in J. Grimm's „Weisthümer“ Bd. II S. 335. Nach dem Goslarer Recht soll die Leiche dann auf dem Felde begraben werden, nach dem Weisthume soll sie gezogen werden „byss aff den berg, da dat gericht steht und aldar begraben an das gericht.“ Eine ganz sonderbare Bestimmung enthält „der fürstlichen Graffschafft Hennenberg Landesordnung“ vom Jahre 1539 Buch 8 Tit. 5 Kap. 7: Die Leiche des Selbstmörders soll, „wo kein Wasser, verbrennet, und do fliessende Wasser, in ein Fass geschlagen, und auf freyen Wege des Wassers verschickt werden.“

1. Nach Grimm: Weisthümer Bd. II S. 90 (Weisthum zu Tobley) soll ein Teil der Habe des Selbstmörders dessen Ehegatten verbleiben. Die Hennenbergische Landesordnung a. a. O. hebt hervor, dass an sich das Vermögen des Selbstmörders der Obrigkeit verfallen sei, dass aber „aus Gnaden seinen Kindern, so er die hat,“ das Ganze, oder seinen Freunden die Hälfte verbleiben solle. Nach der „kyburger Oefnung (Grimm: a. a. O. Bd. I S. 18) verfällt das ganze Gut des Selbstmörders dem „hern zu kiburg.“ Nach dem Codex juris Bavarici Criminalis l. c. wird Selbstmord mit Konfiskation eines Drittels des Vermögens bestraft. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht der Sachsenspiegel, welcher (Bd. II, 31) bestimmt: „Wer ihm selber den Tod anthut, sein nechster erb nimmt sein gut.“

strafung des Selbstmordes, des vollendeten wie des versuchten. Und auf diesem Standpunkte steht auch das moderne Recht. Damit sind wir jedoch nicht zu der Anschauung der Römer zurückgekehrt, dass Selbstmord eine moralisch unverbotene Handlung sei, sondern wir halten noch immer gemäss der christlichen Lehre den Selbstmord für eine schwere Unsittlichkeit und einen Verstoss gegen das göttliche Gebot.

Indessen lässt sich selbst diese Auffassung nicht überall und ausnahmslos durchführen, es muss vielmehr vorher der Begriff des Selbstmordes enger umschrieben werden. Denn leicht sind Fälle denkbar, in denen jemand freiwillig und vorsätzlich seinen Tod herbeiführt, ohne dass er „Selbstmörder“ heissen könnte. Der Vater, welcher, vor der Wahl stehend, ob er oder sein Kind von dem sinkenden Schiffe gerettet werden sollen, in das Meer springt, um seinem Kinde die Qual der Entscheidung zu nehmen, handelt gewiss im Sinne des Stifters der christlichen Religion, welcher gelehrt hat: Sei getreu bis in den Tod, und: Du sollst Deinen Nächsten lieben als Dich selbst; und niemand wird sein Thun ein unsittliches nennen können.

In anderen Fällen wird die Vaterlandsliebe das Motiv bilden, welches zur Opferung der eigenen Person veranlasst, so in dem von dem Dichter besungenen Falle, wo der Bauer, gezwungen, den Feinden den Weg zu weisen, diese in finsterer Nacht zum Abgrund führt, selbst als erster hineinspringt und dadurch jene veranlasst, ihm zu folgen. Auch Arnold von Winkelried, welcher die Speere der Feinde packte und sich in die Brust stiess, um der Freiheit eine Gasse zu bahnen, hat streng genommen Selbstmord verübt, insofern er durch freiwilliges Handeln vorsätzlich seinen Tod herbeigeführt hat.

In allen drei Fällen wird Niemand von Selbstmord reden, wenn auch begrifflich der Thatbestand desselben erfüllt ist. Vielmehr bezeichnet der allgemeine Sprachgebrauch

als Selbstmord nur die Fälle, in denen der sich Tötende durch seine Handlung die vom Christentume auferlegte Pflicht des Duldens verletzt, in denen er sich also, um körperlichen oder seelischen Leiden zu entgehen, den Tod giebt. Hier wird stets der Selbstmord ein Auflehnen gegen das göttliche Gebot und daher eine Unsittlichkeit enthalten. Soweit dieses Merkmal nicht in der Tötungshandlung enthalten ist, wird man auch nicht von Selbstmord reden können.

Wenn der Selbstmord also eine Unsittlichkeit ist, so ergiebt sich daraus allein noch nichts für die Stellung, welche der Staat ihm gegenüber einnehmen müsse. Denn anders als im mittelalterlichen Rechte erscheint dem modernen Staate nicht jede sündhafte Handlung auch zugleich als eine kriminell strafbare; er überlässt vielmehr die Reaktion dagegen der Kirche und schreitet selbst nur unter bestimmten Voraussetzungen ein.

Es erhebt sich daher die Frage, ob besondere Gründe bei dem Selbstmorde den Staat zu aktivem Vorgehen veranlassen können, und welcher Art diese Gründe sind, oder ob der Selbstmord trotz seines unsittlichen Charakters eine strafbare Handlung nicht ist.

Jedes, auch das ungeordnetste Staatswesen gewährt seinen Mitgliedern ein Recht auf ihr Leben, so dass der widerrechtlich Angegriffene befugt ist, sich mit allen Kräften und auf jede Weise gegen den Angreifer zu wehren. Der Staat geht aber noch weiter, er straft den Missethäter, teils indirekt, indem er, wie es bei allen rohen Völkern der Fall ist, den Verletzten oder dessen Familie auf den Weg der Blutrache verweist, teils direkt, wie im modernen Staat, indem er den Missethäter unmittelbar vor sein Forum zieht, ihm ein Uebel auferlegt und dieses durch seine Organe vollstrecken lässt.

Der Staat kann dem einzelnen dies Recht auf sein Leben nicht weigern oder sich auch nur seiner Schutzpflicht begeben wollen, ohne sich selbst und seine eigenen Ziele

aufzugeben. Denn wenn es der Zweck des Staates ist, die Entwicklung der Volksgenossen in physischer, psychischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu fördern, mit einem Worte, die Kultur zu pflegen, so wird die Verfolgung dieses Zieles durch Gewaltthaten, welche das friedliche Zusammenleben der Menschen stören, zu nichte gemacht oder wenigstens beeinträchtigt. Die Verletzung des Rechtes eines andern gefährdet daher mittelbar den Staat selbst, und dagegen reagiert der Staat, indem er jeden Angriff auf das Leben eines einzelnen verbietet und gegen den dem Verbote Zuwiderhandelnden mit Strafen vorgeht. Der Rechtsgrund der Strafe ist demnach Wahrung der staatlichen Rechtsordnung und damit Aufrechterhaltung des staatlichen Organismus.

Wer nun Selbstmord begeht, verletzt damit nicht das Recht eines Menschen auf sein Leben. Denn der Begriff des Rechts macht Halt vor der eigenen Person. Ein Recht kann ich nur haben und geltend machen dritten Personen gegenüber. Recht ist Wollen Dürfen; damit korrespondiert ein sich Verhalten (Handeln oder Unterlassen) Müssen. Beides aber kann sich nicht in einer Person vereinigen. Denn es ist ein Unsinn zu sagen: Ich darf wollen, hundert zahlen zu müssen. Dadurch würde die eine und unteilbare Persönlichkeit zerspalten und würde sich zum Herrn ihrer selbst setzen. Das ist aber unmöglich.

Ganz eigentümlicher Art aber müsste ein solches Recht sein, welches der Selbstmörder durch den Selbstmord verletzen sollte. Denn durch seine Handlung zeigt der Selbstmörder sichtfällig, dass er sich des Rechtes auf sein Leben begiebt. Wollte man dem Selbstmörder die Möglichkeit nehmen, sich dieses Rechtes auf sein Leben entäussern zu dürfen, so würde mit diesem Augenblicke der Selbstmörder nicht mehr berechtigt, sondern nur verpflichtet sein. Das Recht auf die Erhaltung des Lebens des Selbstmörders müsste dann einem anderen zustehen, vielleicht, oder vielmehr allein denkbarer Weise dem Staat. Darnach würde

ein Angriff auf das eigene Leben unmittelbar ein Recht des Staates verletzen, also rechtsverletzend wirken.

Diese Lehre ist in der That von Feuerbach[1] aufgestellt, aber ganz eigenartig begründet worden: „Wer in den Staat eintritt, verpflichtet dem Staat seine Kräfte und handelt rechtswidrig, wenn er ihm diese durch Selbstmord eigenmächtig raubt."

Eine derartige Verpflichtung des einzelnen, dem Staate seine Kräfte zu weihen, ist aber kaum vom moralischen Standpunkte, geschweige denn vom rechtlichen, zu konstruieren. Sonst müsste ja auch rechtswidrig handeln und strafbar sein, wer, vielleicht im Auslande, durch ausschweifendes Leben seine Gesundheit ruiniert und sein Vermögen verschleudert.

Dass dem modernen Staate eine derartige Verpflichtung jedes Unterthanen fremd ist, erhellt deutlich daraus, dass er seinen Angehörigen das Grundrecht der freien Auswanderung eingeräumt hat.

Die Argumentation Feuerbach's ist daher m. E. unhaltbar und kann vor allem auch den Satz nicht retten, dass der Selbstmord irgend ein Recht verletzt.

Damit ist freilich die Frage noch nicht beantwortet, welche Stellung der Staat dem Selbstmorde gegenüber einzunehmen habe. Denn die staatliche Reaktion beschränkt sich nicht bloss auf die Verletzungen besonderer Rechte; der Staat zieht auch Handlungen, welche nur an sich unsittliche sind, aber niemandes Recht verletzen oder bedrohen, vor sein Forum, sofern sie nur den staatlichen Organismus zu gefährden geeignet sind, und straft den Thäter. Daher stellt der Staat Blutschande unter Strafe, welche doch niemandes Recht angreift. Aber sie läuft den allgemeinsten sittlichen

1. Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Aufl. herausgeg. von Mittermaier 1847, S. 404.

Anschauungen, auf welchen die Familie und schliesslich auch der Staat selbst beruhen, zuwider.

Ebenso ist auch der Ehebruch unter Strafe gestellt, nicht, weil er ein Recht des beleidigten Ehegatten verletzte, sondern weil die sittliche Institution der Ehe, eine der Grundlagen unseres Volkslebens, geschützt werden soll.

Aus demselben Gesichtspunkte, dass nicht die Verletzung eines einzelnen massgebend für die Strafbarkeit einer Handlung ist, erklärt sich auch die Bestrafung der sodomia ratione sexus und der sodomia ratione generis.

Hierher gehören auch die Religionsvergehen, wenn man (mit Kohler[1], Wahlberg[2], Janka[3]) die Religion schon an sich als wesentlichen Bestandteil unserer heutigen Gesellschaftsordnung schützen will.[4]

Ebenso gut wie diese Handlungen: Blutschande, Ehebruch, widernatürliche Unzucht, könnte der Staat an sich auch den Selbstmord strafen, sofern nur in ihm, was bei jenen Handlungen zutrifft, eine Beunruhigung oder Gefährdung des staatlichen Organismus enthalten ist. Bestreiten kann das nur, wer die Aufgabe des Strafrechts auf den Schutz verletzter Rechte beschränken will, wer als Ziel des Staates allein die Rechtssetzung und Rechtswahrung erkennt. Der aber müsste logischer Weise auch die Bestrafung der Blutschande, des Ehebruchs etc. verwerfen; und daraus folgt, dass das geltende Recht, welches diese Handlungen mit Strafe bedroht, nicht auf diesem Standpunkte steht.

Es ist nun nicht zu verkennen, dass der Staat der Verübung von Selbstmorden nicht teilnahmslos gegenüberstehen

---

1. Studien aus dem deutschen Strafrecht. Bd. I, 1890, S. 162 f.

2. In von Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. III, S. 263.

3. Das österreichische Strafrecht. 2. Aufl. 1890, S. 311.

4. A. M. z. B. von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafechts. 8. Aufl. S. 412.

kann. Häufige Selbstmorde bringen leicht ein Gefühl der Beunruhigung hervor, welches in erregten Zeitläuften sogar eine unmittelbare Gefahr für den Staat werden kann. Aus der Gleichgiltigkeit gegen das eigene Leben folgt sodann unschwer Missachtung fremden Lebens. Wer sein eignes Leben jederzeit wegzuwerfen bereit ist, wird wenig geneigt sein, das Recht anderer auf ihr Leben zu respektieren und einen Angriff darauf nicht sehr scheuen. Selbstmord ist schliesslich regelmässig eine Unsittlichkeit, ein Verstoss gegen die christliche Lehre. Da nun aber der moderne Staat trotz der Glaubensfreiheit wesentlich auf christlichen Anschauungen beruht, so wird durch den Selbstmord eine der wichtigsten Grundlagen unseres staatlichen Organismus verletzt und dadurch mittelbar auch der Staat selbst gefährdet.

Das letzte Argument ist zwar an sich nicht durchschlagend, da es unzählige unsittliche Handlungen giebt, welche der Staat straflos lässt, erhöht indessen das Gewicht der übrigen Gründe.

Diese aber greifen nur unter der Voraussetzung durch, dass die Anzahl der Selbstmorde eine einigermassen beträchtliche ist, dass der Selbstmord nicht, wie bei gesunden Naturvölkern in der Regel, eine kaum erhörte Seltenheit ist. Dann freilich wird der einzelne Fall keine Beunruhigung der Allgemeinheit hervorrufen können. Anders aber steht es in dem modernen Staate, wo die Anzahl der Selbstmorde die der gewöhnlichen Tötungen bei weitem übersteigt, wo tagtäglich eine Menge Menschen durch eigene Hand umkommen. Auch ist es durchaus nicht unmöglich, dass besondere Umstände wie unglückliche wirtschaftliche Verhältnisse oder religiöser Fanatismus eine erhöhte Anzahl von Menschen zum Selbstmorde treiben können.

Aber auch abgesehen von dem Eintreten solcher besonderer Umstände, auch schon unter den obwaltenden Zuständen, greifen die oben angeführten Gründe Platz.

Daher wäre es durchaus gerechtfertigt, wenn der Staat den Selbstmord, sowohl den vollendeten wie den versuchten, mit Strafe bedrohte. Ihr Rechtsgrund würde auch hier wie überall sein die Aufrechterhaltung des staatlichen Organismus, der Schutz gegen Gefährdung desselben.

Welche Strafe aber soll den Selbstmörder treffen? Durch den Tod entzieht sich der Mensch dem Anwendungsbereiche menschlicher Strafen. Denn Strafe ist begrifflich ein dem Verbrecher um des Verbrechens willen auferlegtes Uebel. Der Tote aber ist unfähig, irgend ein Uebel zu empfinden. Daher handelt der Staat unvernünftig, wenn er den Selbstmörder mit Strafe bedroht. Er handelt aber auch zugleich ungerecht. Denn nicht nur würde die Strafe, z. B. eine Vermögensstrafe, nicht den Selbstmörder treffen, sondern vielmehr einzig und allein Personen, welche sich in keiner Weise vergangen hätten, nämlich die Familienangehörigen des Selbstmörders[1].

Eine Strafdrohung gegen den Selbstmord würde sich daher m. E. nur rechtfertigen lassen, wenn man sich auf den Standpunkt der Theorie des psychologischen Zwanges stellt, wenn man also als Strafzweck die Abhaltung des Verbrechers von der Begehung des Verbrechens durch das in Aussicht gestellte Strafübel ansieht.[2] Darnach käme es

1. Aus diesem Grunde ist die Bestimmung des Art. 135 C. C. C. zu verwerfen, wonach das Erbe des Selbstmörders, welcher wegen eines Vermögenskonfiskation nach sich ziehenden Deliktes angeklagt, aus Furcht vor der Strafe Hand an sich gelegt hat, der Obrigkeit heimfallen soll. A. M. darüber Feuerbach: Lehrbuch S. 406.

2. Trotzdem erklärt der bedeutendste Vertreter dieser Theorie Feuerbach (Lehrbuch S. 404): „Der Staat handelt unvernünftig, eine Rechtswidrigkeit mit Strafe zu bedrohen, welche, indem sie vollbracht wird, ihren Urheber der Strafe entzieht.“ So richtig dieses Argument auch an sich ist, so wenig reicht es vom Standpunkte der Theorie des psychologischen Zwanges aus, die Nichtbestrafung des Selbstmordes zu rechtfertigen.

darauf an, den sinnlichen Trieb, der einen Menschen zur Begehung des Selbstmordes treibt, irgendwie aufzuheben. Und das könnte geschehen, indem an den Selbstmord Folgen geknüpft werden, welche durch das Bewusstsein, sie würden im Falle des Selbstmordes eintreten, in der Seele des Selbstmörders das Gefühl der Unlust, welches aus dem nicht befriedigten Anreize zum Selbstmord entspringt, niederhalten.

Dieser Erfolg würde in vielen Fällen eintreten, wenn Selbstmord Vermögenskonfiskation nach sich zöge. Sicherlich würden viele, denen vielleicht eine unheilbare Krankheit das Leben unerträglich erscheinen lässt, sich bestimmen lassen, ihr Leiden weiter zu tragen, nur um jener Konsequenz zu entgehen und ihr Vermögen ihrer Familie nicht zu entziehen. Oder wenn der Staat den Selbstmörder als ehrlos ansähe und behandelte, würde der von vielen eingeschlagene Weg, die Folgen einer ehrlosen Handlung, die Schande, sich und ihrer Familie zu ersparen, nämlich der Weg des Selbstmordes, nicht mehr zum Ziele führen und daher nicht mehr betreten werden.

Noch andere würden vielleicht durch Strafen religiöser Natur, wie Versagung des Begräbnisses auf einem Kirchhofe, vom Selbstmorde sich zurückschrecken lassen.

Es giebt also sehr wohl Strafen, welche von der Begehung des Selbstmordes abhalten könnten. Daher würde sich vom Standpunkte der Theorie des psychologischen Zwanges aus ihre Androhung durch den Staat durchaus rechtfertigen lassen. Wer aber das Wesen der Strafe nicht darin sieht, durch Androhung eines Strafübels von der Begehung der Verbrechen abzuschrecken, muss aus kriminalpolitischen Rücksichten, aus der Unmöglichkeit, dem Selbstmörder eine Strafe aufzuerlegen, die er als solche auch empfindet, die Bestrafung des Selbstmordes verwerfen.

Die Gründe, welche die Straflosigkeit des vollendeten Selbstmordes geboten erscheinen lassen, treffen nicht auf den Fall des Selbstmordversuches zu. Wem der Versuch,

sich das Leben zu nehmen, misslungen ist, der ist durchaus im Stande, ein ihm auferlegtes Strafübel zu empfinden. Ein solches würde daher nicht ausschliesslich andere treffen als den Thäter, und diese anderen auch nicht in weiterem Masse, als es die Folge jeder Strafe ist. Dennoch aber ist eine Bestrafung dessen, der einen Selbstmordversuch begangen hat, durchaus zu verwerfen. Eine Strafe, welche ein wirklich empfindliches Uebel für den Thäter wäre, würde in vielen Fällen die Folge haben, dass der Thäter, um der Strafe, vielleicht der Vermögenseinziehung oder der Ehrlosigkeit, zu entgehen, noch einmal, vielleicht mit besserem Erfolge als das erste Mal, Hand an sich legte. Dem Staate aber kommt es allein darauf an, dass der, der sich den Tod zu geben versuchte, veranlasst wird, von seinem Vorhaben abzustehen. Ein solcher Mensch bedarf der Heilung,[1] eine Strafe würde das Gegenteil hervorrufen, die Krankheit verschlimmern.

Als Argument gegen die Bestrafung des Selbstmordversuches lässt sich nicht anführen die präsumtive Unzurechnungsfähigkeit des Thäters.[2] Allerdings wird in zahlreichen Fällen der Thäter in unzurechnungsfähigem Zustande gehandelt haben. Aber darum ist noch nicht jeder, der einen Selbstmordversuch begangen hat, im Zweifel geisteskrank gewesen.

Bei anderen Handlungen wird gewiss ein noch höherer Prozentsatz auf krankhafte Geistesanlagen zurückzuführen

1. Joseph's II. allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung von 13. I. 1787 §. 125 bestimmt, dass der Thäter in das Gefängnis zu schaffen ist, „wo er, indem ihm jede Handanlegung an sich selbst unmöglich gemacht wird, ... so lange verbleibt, bis er durch Unterricht überwiesen ... vollkommene Reue zeigt und Besserung erwarten lässt.

2. So Merkel in von Holtzendorff's Rechtslexikon B. III, S. 668. Lion: Ist Beihülfe zum Selbstmord strafbar?, in Goltdammer's Archiv Bd. VI (1858), S. 460.

sein, so bei widernatürlicher Unzucht, und doch droht hier der Staat rücksichtslos Strafe an.

Das deutsche R. St. G. B. erwähnt weder den Fall des vollendeten noch des versuchten Selbstmordes. Es ist daraus zu schliessen, dass es diese Handlungen als straflose betrachtet, wie dies der Standpunkt sämtlicher moderner Gesetzgebungen mit Ausnahme der englischen und amerikanischen ist, welche Versuch des Selbstmordes mit Strafe bedrohen.

Der Selbstmord ist nur ein Glied in der Reihe der Selbstverletzungen. Ebenso wie gegen das eigene Leben kann ein Angriff gegen die eigene Gesundheit, Ehre, das eigene Vermögen gerichtet werden. Wenn nun die Grundsätze, welche oben für den Selbstmord entwickelt sind, auch auf die anderen Fälle der Selbstverletzung anwendbar sind, so wird das die Probe auf ihre Richtigkeit sein. Daher ist es angebracht, auch die bisher nicht behandelten Arten der Selbstverletzung einer kurzen Betrachtung zu unterwerfen.

An den Selbstmord reiht sich unmittelbar an die vorsätzliche Beschädigung des eigenen Körpers, der Angriff auf die eigene Gesundheit.

Wie jeder Mensch dritten gegenüber einen Anspruch auf die Wahrung der Integrität seines Lebens hat, ebenso ist er auch befugt, zu verlangen, dass ihn niemand an seinem Körper und seiner Gesundheit verletzt oder beschädigt. Wenn nun jemand sich selbst an Leib oder Gesundheit schädigt, so verletzt er dadurch ebenso wenig wie der Selbstmörder irgend ein Recht. Möglich aber bleibt, dass er durch sein Handeln die Ordnung des Staates bedroht, die Allgemeinheit beunruhigt.

Es ist ohne weiteres klar, dass dieser Erfolg durch ganz leichte unbedeutende Verletzungen der eigenen Person nicht eintritt. Dahin gehört z. B. das in bestimmten Volksschichten, so bei den Seeleuten, ausserordentlich häufige Tättowieren,

welches darin besteht, dass die Haut in bestimmten Linien blutig geritzt und in die Wunden ein Farbstoff gebracht wird. Nicht ganz unerhört ist auch der Fall, dass ein Student, um auch einen „Schmiss“ zu haben, sich selbst mit dem Rasiermesser das Gesicht zerschneidet.

An der Verhütung derartiger Spielereien hat der Staat natürlich nicht das geringste Interesse, und wäre daher ein Einschreiten absurd.

Anders liegt es im Falle einer ernstlichen Selbstbeschädigung, welche eine schwere Körperverletzung, einen dauernden Nachteil für die Gesundheit zur Folge hätte. So wäre es z. B. denkbar, dass ein Arzt aus übertriebenem Eifer für die Wissenschaft sich selbt zum Objekte medizinischer Experimente machte mit dem Bewusstsein, unter Umständen dauernden Schaden an seiner Gesundheit zu nehmen. Indessen sind derartige Fälle so ausserordentlich selten, dass sie eine Beunruhigung der Allgemeinheit, eine Gefährdung des Staates nicht hervorrufen können. Daher liesse sich auch in diesen schweren Fällen der Selbstbeschädigung eine Strafdrohung nicht rechtfertigen. Wenn dagegen die Gefahr besteht, dass ein bestimmter Anlass, besondere in einer Vielheit von Menschen wirkende Motive Selbstverletzungen schwerer Art in grösserer Anzahl hervorrufen können, dann hat auch der Staat das Recht, dagegen Front zu machen und durch strenge Strafen dem Unwesen zu steuern. Sobald aber solch besonderer Grund den Anlass böte, bräuchte er nicht Selbstverletzungen jeder Art, sondern nur die, welche aus dem gleichen Grunde hervorgegangen sind, mit Strafe zu bedrohen.

Eine solche Strafvorschrift ist im R. St. G. B. enthalten. Im § 142 nämlich heisst es: „Wer sich vorsätzlich durch Selbstverstümmlung . . . . zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, ... wird mit Gefängnis nicht unter einem Jahre bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“ Die Strafbarkeit des

sich selbst Verletzenden ist in diesem Falle besonders hoch, weil er sich durch sein Handeln zugleich einer allgemeinen staatlichen Pflicht entzieht.

Denkbar ist auch, dass religiöser Fanatismus die Anhänger einer bestimmten Sekte zu Selbstverletzungen veranlasste. Auch hier könnte, wenn derartige Fälle in grösserer Anzahl vorkämen, die Allgemeinheit beunruhigt werden und daher der Staat mit Fug und Recht sich bewogen fühlen, durch Strafandrohung dem Treiben Einhalt zu gebieten.

Das Ergebnis ist: der Staat wird Verletzungen des eigenen Körpers im allgemeinen straflos lassen, weil leichte Verletzungen ihn nicht interessieren und schwere so selten sind, dass sie eine Gefährdung der staatlichen Ordnung nicht hervorrufen. Wo aber bestimmte Anlässe schwere Selbstverletzungen in grösserer Zahl nach sich ziehen, da kann auch der Staat, wie beim Selbstmorde, für diese Fälle besondere Strafvorschriften festsetzen.

Ein weiterer Fall der Selbstverletzung ist der Angriff auf die eigene Ehre. Ein Beispiel dafür bietet die freiwillige Aufgabe der weiblichen Geschlechtsehre.

Natürlich hat der Staat an der Verhütung derartiger Handlungen ein äusserst lebhaftes Interesse und könnte darum auch mit Recht in solchen Fällen mit Strafen vorgehen, wie er es auch in alter Zeit gethan hat. Wenn heute der Staat hier nicht straft, so ist der Grund die durch Jahrhunderte lange Erfahrungen gewonnene Erkenntnis, dass er solchen Verfehlungen gegenüber fast ganz machtlos ist, sie weder durch Strafen hindern, noch in den meisten Fällen auch nur entdecken kann, dass im Gegenteil Strafandrohungen das Uebel, welches der Staat ausrotten will, nur noch verschlimmern würden.

Wie sein Leben und seine Ehre kann der Mensch sein Vermögen selbst verletzen. Auch hier handelt der Mensch natürlich nicht irgend einem Rechte zuwider. Denn ihm

allein stand das Recht der Verfügung über den beschädigten Gegenstand zu, und er kann sich desselben frei entäussern. Der Staat kümmert sich regelmässig nicht darum. Indessen lassen sich doch einzelne Fälle denken, in denen der Staat an der Verletzung privaten Eigentums ein so dringendes Interesse nimmt, dass er die Verletzung zu untersagen und den Zuwiderhandelnden zu strafen befugt ist. So könnte beispielsweise dem Staate die Erhaltung der Forsten zur Wahrung und Förderung des Nationalwohlstandes als so wichtig erscheinen, dass er sich veranlasst sähe, Strafbestimmungen gegen den zu erlassen, der den staatlichen Anordnungen in dieser Beziehung nicht folge leistete.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich als Resultat für alle Fälle der Selbstverletzungen, den Selbstmord miteinbegriffen: die Selbstverletzung verletzt als solche niemandes Recht und ist daher als Rechtsverletzung straflos. Sie gefährdet aber unter Umständen unmittelbar die staatliche Ordnung, beunruhigt die Allgemeinheit und giebt dann dem Staate das Recht und die Pflicht, gegen den Thäter mit Strafen vorzugehen, es müsste denn sein, dass, wie im Falle des Selbstmordes, kriminalpolitische Rücksichten den Staat veranlassten, von einer Strafdrohung abzusehen.

Die Doktrin hat die Frage nach dem Grunde der Straflosigkeit des Selbstmordes in verschiedener Weise beantwortet. Nur darüber herrscht, wie selbstverständlich, kein Streit, dass der Selbstmord eine Unsittlichkeit ist.

Aus denselben Grundanschauungen, auf denen die oben entwickelte Auffassung beruht, ist auch die Lehre Schütze's erwachsen. Er erklärt,[1] dass Selbstmord und Selbstverstümmelung stets einen Bruch der Rechtsordnung enthalten, d. h. ein Zuwiderhandeln „gegen den organisierten Zustand

---

1. Die notwendige Teilnahme am Verbrechen 1860. S. 289.

des äussern Zusammenlebens der Menschen als Rechtsgenossen,"[1] dass also der Selbstmord an sich Verbrechen sei.[2]

Auf demselben Standpunkte wie Schütze müssen m. E. notwendig auch diejenigen stehen, welche, wie Meyer,[3] von Holtzendorff,[4] Wessely,[5] von Baumhauer[6] und andere als Grund der Straflosigkeit des Selbstmordes lediglich ausserhalb der That selbst liegende Momente, vor allem die Zweckwidrigkeit und Wirkungslosigkeit eines Strafvollzuges gegen den Selbstmörder angeben.[7]

Denn daraus ist zu schliessen, dass es ihrer Meinung

---

1. Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874. S. 1.

2. Nicht recht in Uebereinstimmung mit diesem Satze, dass Selbstmord Verbrechen ist, weil er einen Bruch der Rechtsordnung enthalte, steht die im Lehrbuche S. 82 gegebene Definition des Verbrechens als der „gemäss geltender Rechtsvorschrift (Strafgesetz) mit öffentlicher Strafe bedrohten Handlung." Denn wenn jede derartige Handlung auch einen Bruch der Rechtsordnung in sich schliessen wird, so ist damit noch nicht erwiesen, dass jeder Bruch der Rechtsordnung auch gemäss geltender Rechtsvorschrift mit öffentlicher Strafe bedroht ist. Schütze wird mit seiner Behauptung, dass Selbstmord Verbrechen sei, nur haben sagen wollen, dass er alle Voraussetzungen in sich schliesse, welche den Staat zur gesetzlichen Androhung von Strafe veranlassen könnten.

3. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895. S. 264 f.

4. Rechtslexikon. Bd. III. S. 668.

5. „Ueber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten" etc. in der österreichischen Vierteljahrsschrift, herausgeg. von Haimerl Bd. I 1858 S. 226.

6. Disquisitio . . . . . de morte voluntaria. 1843. S. 208.

7. Hierher zu rechnen ist auch Lion: Ist Beihülfe zum Selbstmorde strafbar? l. c. S. 460, welcher die präsumtive Unzurechnungsfähigkeit des Selbstmörders als das ausschlaggebende Moment erachtet; s. dagegen S. 18.

nach ein aus dem Selbstmorde selbst fliessendes Argument, welches dessen Bestrafung verböte, nicht giebt.

Während nach dem bisher Gesagten die Straflosigkeit des Selbstmordes ihre Rechtfertigung lediglich in kriminalpolitischen Rücksichten findet, erklärt die überwiegende Meinung, Selbstmord sei schon an und für sich straflos. Der Selbstmord sei keine Rechtsverletzung und könne darum auch an sich nie strafbar sein. Der Mensch stehe ferner zu sich selbst nie in einem rechtlichen, sondern nur in einem sittlichen Verhältnisse; daher greife der Selbstmord auch nicht bestimmend in die eigentümliche Sphäre des Rechts ein. Denn das Recht ordne nur die sozialen Verhältnisse der Menschen.

Die hier angeführten Gründe sind m. E. keineswegs stichhaltig. Zunächst ist mit der Behauptung, dass der Selbstmord keine Rechtsverletzung sei, nichts bewiesen. Freilich verletzt der Selbstmord, wie früher näher ausgeführt ist, niemandes Rechte, auch nicht des Staates. Das Anwendungsgebiet der Strafe ist aber nicht auf die Ahndung von Verletzungen bestimmter Rechte beschränkt. Sie greift, wie ebenfalls bereits ausgeführt wurde, auch in anderen Fällen Platz, in denen, wie bei Incest, Ehebruch, widernatürlicher Unzucht, unmittelbar eine Gefährdung des staatlichen Organismus, eine Beunruhigung der Allgemeinheit eintritt.

Aus dieser Erwägung ergiebt sich auch die Haltlosigkeit des ferneren Argumentes, der Mensch stehe zu sich selbst nur in einem sittlichen, und nicht in einem rechtlichen Verhältnisse; die Gesetzgebung ordne aber lediglich die sozialen Verhältnisse der Menschen; darum greife der Selbstmord nicht in die eigentümliche Sphäre des Rechtes ein, sei also straflos.[1] Denn wenn der Mensch zu sich selbst auch in

1. So Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I. S. 408. Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II § 88. S. 204. C. G. von Wächter: Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgeg. von O. von Wächter 1881. S. 182.

einem lediglich sittlichen Verhältnisse steht, so ist „der einzelne kein blosser Privatrechtsmensch, sondern auch ein öffentliches Wesen.“[1]

Sodann will das Recht gewiss die sozialen Verhältnisse der Menschen ordnen. Daraus folgt aber nichts weniger als die Straflosigkeit des Selbstmordes. Denn er enthält zweifellos einen Verstoss gegen die Normen, welche die heute bestehende soziale Ordnung der menschlichen Verhältnisse beherrschen, und kann aus dem Grunde sehr wohl staatlicher Reaktion unterliegen, tritt also nicht bloss unbestreitbar in die „soziale Sphäre“[2] hinaus, sondern greift auch in die eigentümliche Sphäre des Rechts ein.

§ 2.
Beihülfe zum Selbstmord.

Ein doppeltes Moment charakterisiert jedes kriminelle Verhalten eines Menschen, zunächst die Richtung, welche der Wille des Handelnden nahm, sodann der Erfolg, welchen der Handelnde hervorrief. Die Verschiedenheit beider Momente ergiebt die einzelnen Arten der Delikte; sie regelt auch bei der Beteiligung mehrerer an der Herbeiführung eines Deliktes die Stellung dieser mehreren zu einander und zu dem Delikte. Es wird sich daher, wenn es die Feststellung des Begriffs der Beihülfe im Gegensatz zur Thäter-

1. So von Holtzendorff: Handbuch des Strafrechts. Bd. II. S. 115, freilich in direktem Widerspruche mit von Holtzendorff l. c. Bd. III. S. 416, wo als durchschlagender Grund für die Straflosigkeit des Selbstmordes aufgeführt ist, dass der Mensch nur zu andern, nicht zu sich selbst in einem Rechtsverhältnisse stehen kann. — Wieder eine andere Begründung der Straflosigkeit des Selbstmörders ist in von Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. III S. 668 gegeben, wie oben S. 18 Anm. 2 gezeigt ist.

2. Dies leugnet seltsamer Weise, ohne irgend eine Begründung zu versuchen, Köstlin: System des deutschen Strafrechts 1855. S. 98.

schaft gilt, im Wesentlichen darum handeln, zu bestimmen, welcher Art der dolus des Gehülfen gegenüber dem des Thäters ist, und welcher Art das Handeln jenes im Gegensatze zu dem des Thäters ist.

Der Gehülfe handelt, um zu seinem Teile an der Herbeiführung des Erfolges, wie ihn der Thäter sich vorstellt, mitzuwirken. Er sieht diesen Erfolg voraus und billigt ihn. Der Vorsatz des Gehülfen richtet sich also auf denselben Erfolg wie der des Thäters. Dagegen ist die Art, wie sich Gehülfe und Thäter den Eintritt des Erfolges vorstellen, gänzlich von einander verschieden. Der Gehülfe stellt sich vor, dass der Thäter den Erfolg durch sein Handeln herbeiführen werde, dass er selbst nur fördernd und unterstützend eingreife und mitwirke. Dagegen stellt sich dem Thäter der Erfolg als die Frucht seines Handelns dar, die Thätigkeit des Gehülfen erscheint ihm als eine unselbständige, von der seinen abhängige. Der dolus des Gehülfen und und des Thäters stimmen also überein, soweit sie sich auf die Art des herbeizuführenden Erfolges beziehen, sie divergieren, sobald sie sich auf die Art der Herbeiführung selbst beziehen. Diese Verschiedenheit des beiderseitigen dolus kann man, wenn man will, mit dem Ausdrucke bezeichnen: der Gehülfe will die That als eine fremde, der Thäter als seine eigene.

Damit ist denn freilich noch nichts gewonnen. Denn wenn dieses Merkmal Beihülfe und Thäterschaft von einander unterscheiden soll, so drängt sich die Frage auf: Wann will jemand die That als seine eigene, wann als eine fremde? Wie erkennen wir, ob das eine oder das andere vorliegt? Es erhellt von selbst, dass eine Antwort sich nur dem Verhalten der an einer That Beteiligten entnehmen lässt. Damit aber sind wir zu der Grundlage gelangt, auf welcher sich jener Unterschied des dolus des Gehülfen und des Thäters aufbaut. Wie eben gezeigt, ist die Art der Herbeiführung des Erfolges der Punkt, an welchem Thäter-

und Gehülfen-dolus auseinander gehen. Je nachdem also die Art des thätig Werdens zweier an einer That Beteiligten von einander abweicht, wird Beihülfe oder Thäterschaft anzunehmen sein.

Die Unterscheidung des dolus des Gehülfen von dem des Thäters ist nach dem Vorstehenden auf den Unterschied in der Art der Bethätigung des Gehülfen und Thäters zurückzuführen. Und diese Hypostasierung ist auch begrifflich geboten. Ein Wollen — welchen Begriff als den hauptsächlichsten der „dolus" in sich schliesst — an sich giebt es nicht. Es muss stets auf ein bestimmtes Objekt gerichtet sein. Ich kann essen, schreiben, ausgehen, nachdenken wollen; ich kann aber nicht bloss wollen. Wenn nun das Objekt des Wollens bei zwei Personen das gleiche ist, so ist auch ihr Wollen selbst das gleiche. Wenn aber das Objekt ein verschiedenes ist, so divergiert ihr Wollen. Um diese Divergenz beweisen, ja nur erkennen zu können, ist es also erforderlich, auf das Objekt ihres Wollens zurückzugehen.

Das Objekt des Wollens des Gehülfen und des Thäters ist die Art der Herbeiführung des vorgestellten Erfolges. Wie sie bei beiden verschieden von einander ist, so ist es auch ihr Vorsatz und damit ihr Verhältnis zum Erfolge.

Nach dem Vorstehenden beruht die Unterscheidung von Beihülfe und Thäterschaft im Grunde auf der Verschiedenartigkeit des Verhaltens des Gehülfen und des Thäters.[1]

1. A. M. vor allem in konstanter Praxis des Reichsgericht; so Urteil vom 12. V. 80 (E. 2, 160); 7. I. 81 (E. 3, 181); 19. XII. 94 (E. 26, 345); 7. I. 95 (E. 26, 351); 9. III. 96 (E. 28, 304). Dem Begriffe der Mitthäterschaft soll wesentlich sein (also für den Fall der Beihülfe nicht zutreffen), dass der Mitthäter den Vorsatz und Willen eines Thäters gehabt hat, während der Gehülfe nur einen von dem Willen des Thäters abhängigen Willen haben dürfe und also seinen Willen dem des Thäters dergestalt unterwerfe, dass er es ihm anheimstelle, ob die That zur Vollendung kommen solle oder nicht. — Diese Unterscheidung der Beihülfe von der Thäterschaft ist oben schon zurückgewiesen

Es erhebt sich nun die Frage, welcher Art die Beteiligung an der Begehung einer That sein müsse, damit Beihülfe oder Thäterschaft anzunehmen sei.

Unzweifelhaft wird niemals Gehülfe sein können, wer an einer ein Thatbestandsmerkmal des Verbrechens verwirklichenden Handlung teilgenommen hat, so wer z. B. beim Morde eine tötliche Verletzung beigebracht, beim Diebstahl sich die Sache zugeeignet, beim Betruge die Täuschung hervorgerufen hat. Hier erscheint der Teilnehmer stets als Thäter. In diesen Fällen divergiert daher der dolus des einen Mitthäters nicht von dem des andern; sondern der Wille eines jeden richtete sich auf die Begehung der Haupthandlung unter Benutzung der Mitwirkung des andern. Auch kann keiner sagen: Ich wollte die That nicht als eigene, nicht für mich, nur für den andern vollbringen. Sein eigenes Handeln strafte ihn Lügen.

Für die Strafbarkeit des einen Mitthäters macht es auch nichts aus, wenn dem andern etwa Zurechnungsfähigkeit oder Vorsatz mangelte, und dieser deswegen straflos bleiben muss.

Wenn unzweifelhaft, wer zur Vollbringung eines Deliktes durch Begehung einer Ausführungshandlung mitgewirkt hat, als Mitthäter anzusehen ist, so ist andererseits nicht minder sicher, dass bestimmte Mitwirkungen, wie das Beschaffen von Werkzeugen oder die Bereitung der Mittel, das Hinwegräumen von Hindernissen, die Ermunterung des Thäters nicht als Mitthäterschaft, sondern nur als Beihülfe zu fassen sind. In diesen Fällen ist dann auch der auf Herbeiführung der Handlung gerichtete dolus bei den mehreren Teilnehmern ein verschiedener. Die Thätigkeit des Gehülfen, z. B. das Beschaffen der Werkzeuge, ist gegenüber der

worden. Im Wesentlichen der Ansicht des Reichsgerichts ist vor allem v. Buri: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1860. Ferner Kohler: Studien Bd. I. S. 96. Olshausen: Kommentar zum R. St. G. B. 5. Aufl. 1897, § 47, Nr. 5, 6 u. a.

Haupthandlung des Thäters eine untergeordnete und an sich rechtlich völlig unerhebliche. Erst durch ihre Verknüpfung mit dem später eintretenden Erfolge erhält sie Bedeutung und ihren eigentlichen Inhalt. Die Handlung des Thäters stempelt das Verhalten des Gehülfen für alle Zeiten zu dem, was sie selbst ist, und verleiht ihm die Züge, die sie selbst trägt. Darin aber besteht das eigentliche Merkmal des Unterschiedes der Gehülfenhandlung von der des Thäters, bezw. Mitthäters: Die Thätigkeit des Gehülfen darf als solche niemals selbständige Bedeutung haben, nie ein selbständiges Delikt bilden[1], während die Handlung des Mitthäters bestehen bleibt, auch wenn die Strafbarkeit der Handlung eines anderen Mitthäters ausgeschlossen ist. Darnach wird der Teilnehmer eines Delikts, sofern er nur nicht eine in den begrifflichen Thatbestand desselben hineinfallende Handlung begangen hat, regelmässig nur Beihülfe zur That verübt haben.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, was im weiteren Verlaufe der Arbeit von Wichtigkeit sein wird, dass zwischen Beihülfe und Mitthäterschaft ein qualitativer, in beider Wesen begründeter Unterschied nicht besteht. Das Mass der Bethätigung sowohl wie die Intensität des verbrecherischen Wollens ist in beiden Fällen nur quantitativ von einander verschieden. Ganz unmerklich, ohne feste sofort erkennbare Grenze wird sich im konkreten Falle die Beihülfe von der Mitthäterschaft scheiden.

Für die kriminelle Behandlung des Gehülfen ist zunächst wesentlich, dass sich der Wille des Gehülfen auf den gleichen Erfolg wie der des Thäters richtet. Er muss also nach demselben Gesetze, welches auf die Handlung des Thäters Anwendung findet, gestraft werden. Andererseits aber gehört zu der Gehülfenhandlung ein geringerer Grad verbrecherischer Energie als zu der des Thäters. Der Thäter

1. Ebenso Schütze: Die notwendige Teilnahme. S. 278.

sieht sich dem verbrecherischen Erfolge, welcher vielleicht die unmittelbare Folge seines Handelns ist, gerade gegenüber. Die Thätigkeit des Gehülfen unterstützt regelmässig nur den Thäter, ist von dessen Verhalten abhängig. Daher wäre es ungerecht, den Gehülfen ebenso hart wie den Thäter strafen zu wollen. Vielmehr ist die Strafe des Gehülfen zwar, wie § 49 R.-St.-G.-B.s sagt, „nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat“, aber zu ermässigen, nach der Bestimmung des § 49 in der Weise, dass, abgesehen von den Fällen der Todes- und lebenslänglichen Freiheitsstrafe, bis auf ein Viertel der angedrohten Strafe heruntergegangen werden kann.

Diese Behandlung der Beihülfe stimmt mit der oben dargelegten Auffassung des Verhältnisses von Beihülfe und Mitthäterschaft überein. Wie die Beihülfe nur quantitativ von der Mitthäterschaft verschieden ist, insofern sie einen geringeren Grad der Bethätigung erfordert, so ist auch prinzipiell die Bestrafung der Beihülfe gleichartig der Bestrafung der Thäterschaft bezw. Mitthäterschaft, und nur quantitativ, hinsichtlich des Strafmasses, geringer als die Bestrafung der Thäterschaft.

Wer Beihülfe zum Selbstmorde verübt, hat den Selbstmord vorausgesehen und auch durch sein Handeln zu seiner Herbeiführung beigetragen, freilich in geringerem Masse als der Selbstmörder selbst.

Wenn sich nun der eingetretene Erfolg, nämlich der Tod des Selbstmörders, nach aussen hin als ein einheitlicher darstellt, so scheint die unabweisbare Konsequenz daraus zu sein, dass in Bezug auf den Erfolg die Willensrichtung sowohl des Gehülfen wie des Thäters, welche ja äusserlich auf denselben Erfolg, den Tod des Thäters, ging, die gleiche gewesen ist, wie das oben allgemein als ein Beihülfe und Thäterschaft verbindendes Merkmal hervorgehoben worden ist. Indessen trifft das im Fall der Beihülfe zum Selbst-

morde nicht zu. Die Stellung des Gehülfen und des Thäters ist vielmehr beim Selbstmorde eine von einander wesentlich und nicht bloss quantitativ verschiedene. Denn der Wille des Selbstmörders richtete sich auf eine Verletzung seiner selbst, der Wille des Gehülfen auf die Verletzung eines anderen. Der Gehülfe fördert, von seinem Standpunkte aus gesehen, durch sein Verhalten die auf Tötung gerichtete Handlung eines anderen; freilich mit dem Bewusstsein, dass die Handlung des Unterstützten gegen diesen selbst gerichtet ist. Das Thun des Gehülfen ist aber kein selbstmörderisches. Dies wäre vielmehr dann allein der Fall, wenn er zu seiner eigenen Tötung hülfreiche Hand böte.

Diese Verschiedenheit der Willensrichtung des Gehülfen und des Thäters beim Selbstmorde ist in der eigentümlichen Natur des Selbstmordes als einer höchstpersönlichen Handlung begründet, welche die Vollziehung durch einen anderen als den Selbstmörder in der von diesem angewandten Art und Weise ausschliesst. Diese Besonderheit teilt der Selbstmord mit den übrigen Fällen der Selbstverletzungen. Ueberhaupt aber findet sich die Erscheinung der Nichtübereinstimmung der Willensrichtung des Gehülfen und Thäters da, wo persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Thäters dessen Stellung zum Erfolge besonders bestimmen.

Wenn auch der Gehülfe zum Selbstmorde eines anderen dem Erfolge in anderer Weise gegenübersteht als der Selbstmörder, so können doch die Motive, welche diesen zu seinem Verhalten veranlasst haben, auch in der Seele des Gehülfen wirksam gewesen sein. Der Soldat, welcher seinem tötlich verwundeten Kameraden auf dessen Bitten die Waffe reicht, mit welcher dieser seinen Qualen ein Ende bereitet, wird nur aus diesem Motive heraus gehandelt haben. Ebenso kann derselbe religiöse Fanatismus, welcher den einen zum Selbstmörder macht, den anderen veranlassen, jenem Beistand zu seinem Vorhaben zu leisten. Auch Furcht vor Schande wird häufig der Grund sein, welcher in gleicher Weise den

einen veranlasst, sich das Leben zu nehmen, den anderen, dazu behülflich zu sein.

Andererseits ist es durchaus möglich, dass die Beihülfe zum Selbstmorde eines anderen auf ganz anderen Motiven beruht als der Selbstmord. Aus Rachsucht, Neid, Ehrgeiz, Eifersucht kann jemand einem anderen Beihülfe zum Selbstmord leisten, während diesen vielleicht Missgeschick, Krankheit, Furcht vor Strafe in den Tod treiben.

Ebenso mannigfach wie die Motive zur Hülfeleistung bei Begehung eines Selbstmordes sind, kann auch die Art und Weise der Beihülfe sein. Sie kann eine rein psychische sein, indem der Gehülfe den zur That bereits entschlossenen Selbstmörder in seinem Vorhaben bestärkt. Oder sie ist eine physische, wenn z. B. der Gehülfe die Mittel des Selbstmordes, wie die Waffe, das Gift beschafft, Unterstützungshandlungen untergeordneter Art vornimmt etc. Im letzteren Falle kann die Beteiligung des Gehülfen auch dem Thäter unbekannt sein; so z. B., wenn A den B hindert, den ins Wasser gesprungenen C zu retten. Dagegen ist es stets notwendig, dass der Gehülfe selbst in Kenntnis des Verhaltens des Thäters, mit dem auf den Erfolg, nämlich den Tod des Thäters, gerichteten Vorsatz handelte. Fahrlässiges Handeln erfüllt nicht den Begriff der Beihülfe.

Wenn nach dem oben Gesagten beim Selbstmorde der Erfolg sich in verschiedener Weise dem Thäter und dem Gehülfen gegenüberstellt, wenn demgemäss die Willensrichtung des Thäters eine andere als die des Gehülfen ist, so folgt daraus notwendig, dass auch die strafrechtliche Beurteilung der Handlung des Gehülfen nicht nach den für die Handlung des Selbstmörders aufgestellten Regeln erfolgen darf. Damit stimmt überein, dass die Grundsätze, welche oben bei der Betrachtung des Selbstmordes festgestellt sind, und die aus ihnen für die Behandlung des Selbstmordes gezogenen Folgerungen auf die Beurteilung der Beihülfe zum Selbstmorde keine Anwendung finden können. Nur das eine

freilich ist klar, dass, wenn der Selbstmord als eine den staatlichen Organismus gefährdende, die Allgemeinheit beunruhigende Handlung an sich durchaus strafwürdig ist, das gleiche auch von der Beihülfe zum Selbstmorde eines anderen gilt. Ueberdies lassen sich hiergegen auch nicht die Gründe geltend machen, welche man, nach der oben dargelegten Auffassung allerdings mit Unrecht, gegen die Strafwürdigkeit des Selbstmordes ins Feld geführt hat, und welche in dem Mangel der Verletzung eines Rechts und dem Zusammenfallen von Subjekt und Objekt der Handlung des Selbstmörders beruhen sollten.

Die Straflosigkeit des Selbstmordes fand nach dem oben Gesagten ihre Erklärung lediglich in kriminal-politischen Erwägungen, welche sich auf die Unmöglichkeit, dem Selbstmörder eine wahre Strafe aufzuerlegen, d. h. ein Uebel, welches von ihm als solches empfunden werden kann, und somit auf die Nutzlosigkeit und Zweckwidrigkeit einer Bestrafung stützten.

Die Straflosigkeit des Selbstmordversuches wurde aus den Folgen motiviert, welche eine Bestrafung des Selbstmörders nach sich ziehen würde, insofern sie ihn meist zu einem neuen Angriffe auf sein Leben veranlassen würden.

Alle diese Momente treffen nicht zu auf den Fall der Beihülfe zum Selbstmord. Der Gehülfe ist sehr wohl fähig, ein Strafübel zu empfinden. Dieses trifft auch nicht mehr und nicht weniger wie jede Bestrafung andere Personen als den eigentlichen Schuldigen. Eine Strafdrohung würde ferner natürlich nicht den Erfolg haben können, den Gehülfen zu erneuter Begehung seiner Handlung zu drängen, da das Motiv, welches den Selbstmörder dazu bestimmt, nämlich der Vollziehung des Strafübels zu entgehen, auf den Gehülfen keine Anwendung findet. Eine Strafe würde auch nicht mehr wie jede andere bei irgend einem Delikte den Gehülfen dazu veranlassen, nun selbst Hand an sich zu legen.

Das Ergebnis ist, dass die Beihülfe zum Selbstmorde eines andern eine durchaus strafbare Handlung ist, dass auch keinerlei kriminal-politische Bedenken die Vollziehung der Strafe unthunlich und unzweckmässig erscheinen lassen.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird sich an folgendem Beispiele[1] zeigen: „A ist, um sich zu entleiben, ins Wasser gesprungen. B will ihn retten, wird aber von C zurückgehalten, welcher den Selbstmord des A in seinem Interesse findet." Aus welchen Gründen sollte hier wohl die Hülfsthätigkeit des C zu dem Tode des A straflos bleiben? Die Motive, welche den A zum Selbstmorde getrieben haben, waren dem C vielleicht unbekannt, jedenfalls wirkten sie nicht bestimmend auf sein Handeln. Er hat womöglich überhaupt garnicht gewusst, dass A ins Wasser gesprungen ist, um sich das Leben zu nehmen, sondern vermutete vielleicht, A sei hineingefallen oder gar hineingestossen worden. Andererseits wird sich auch der Selbstmörder nicht der ihm geleisteten Beihülfe bewusst gewesen sein. Daher fehlt jeder innere Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Selbstmörders und der des Gehülfen. Es liegt also an sich kein Grund vor, aus der Straflosigkeit des Selbstmörders auf die kriminelle Behandlung des Gehülfen zum Selbstmord hinüberzuargumentieren und auch für sie Straflosigkeit zu verlangen.

Was das Strafmass für Beihülfe zum Selbstmord anlangt, so wird für Fälle wie den letzterwähnten eine strenge Strafe durchaus gerechtfertigt sein. Wenn dagegen Motive wie Mitleid mit dem von unheilbarer Krankheit gefolterten Selbstmörder oder das Begehren, den Angehörigen des Selbstmörders die Schande zu ersparen, die Triebfeder für das Handeln des Gehülfen waren, so muss dem Richter die Möglichkeit offen stehen, die Besonderheit solcher Fälle durch eine verhältnismässig milde Strafe zum Ausdruck zu bringen. Um

1. Enthalten in den Strafrechtsaufgaben von Kohler 1889. Nr. 9a.

dieser Verschiedenheit der Fälle der Beihülfe zum Selbstmord Rechnung tragen zu können, ist es daher notwendig, dass der Strafrahmen weit gefasst ist.

Das positive Recht enthält über die Beihülfe zum Selbstmord ebenso wenig wie über diesen selbst eine Bestimmung. Der Selbstmord ist, wie bereits oben, S. 30, erwähnt, unzweifelhaft eine nicht strafbare Handlung. Nun sagt § 49 Abs. 1 R. St. G. B.s: „Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hülfe geleistet hat."

Das Gesetz erfordert also zum Vorhandensein strafbarer Beihülfe Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, d. h. einer mit bestimmter Mindeststrafe bedrohten Handlung. Da der Selbstmord aber überhaupt nicht mit Strafe bedroht ist, so folgt daraus m. E. für das positive Recht mit unabweislicher Notwendigkeit, dass auch die Beihülfe zum Selbstmorde nach der Vorschrift des R. St. G. B.s nicht bestraft werden kann.

Dies Resultat wird bestätigt durch Absatz 2 des zitierten § 49, wonach die Strafe des Gehülfen nach demjenigen Gesetze festzusetzen ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat. Diese Handlung aber ist als Selbstmord straflos, wenn sie sich auch vom Standpunkte des Gehülfen aus betrachtet und hinsichtlich seiner Thätigkeit nicht als Selbstmord darstellt, wie oben gezeigt ist. Doch kann dieses Moment nicht die ausdrückliche Bestimmung des § 49 überwinden; es bedürfte vielmehr zu einer Bestrafung des Gehülfen einer besonderen Gesetzesvorschrift. Eine solche aber wäre durchaus erwünscht. Sie würde auch in ihrer Eigentümlichkeit, nämlich der Festsetzung einer Strafe für die Beihülfe zu einer straflosen Haupthandlung, durchaus nicht vereinzelt im R. St. G. B. stehen. Vielmehr wiederholt sich diese Besonderheit an verschiedenen Stellen. Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen

Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen werden, bleiben straflos.[1] Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 247 Abs. 3 findet diese Bestimmung aber keine Anwendung auf Teilnehmer, welche nicht in einem der vorbezeichneten Verhältnisse stehen.

Der Ausfluss dieses Gedankens, dass für die Beurteilung der Handlung des Gehülfen nicht das Verhältnis des Thäters zu dem eingetretenen Erfolge, sondern das davon verschieden geartete des Gehülfen zum Erfolge massgebend sein müsse, ist die Bestimmung des § 50 R. St. G. B.s: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehülfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.“ Darnach wird also z. B. der Gehülfe zum Kindsmord nach der gewöhnlichen Vorschrift über Mord und nicht der besonderen über Kindsmord bestraft. Wäre die Vorschrift des § 50 allgemeiner gefasst, vielleicht in der Weise, dass nicht bloss die Erhöhung oder Verminderung, sondern auch die völlige Aufhebung der Strafbarkeit einer Handlung als Folge persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse des Handelnden ohne Einfluss auf die Strafbarkeit anderer Teilnehmer bleibt, so liesse sich auch die Beihülfe zum Selbstmorde strafen. Nach dem augenblicklichen Stande der gesetzlichen Bestimmungen ist es unmöglich.

Dieselbe Auffassung vertritt überwiegend die Doktrin. Die Notwendigkeit einer Strafbestimmung auf Beihülfe zum Selbstmord wird von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt, so von Berner,[2] Meyer,[3] v. Wächter,[4] Schütze,[5]

1. § 247 Abs. 2 R. St. G. Bs.

2. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 17. Aufl. 1895. S. 95.

Abegg,[6] Stübel.[7] Indessen wird nicht verkannt, dass, solange der Selbstmord straflos ist und das positive Recht eine besondere Strafdrohung für die Beihülfe zum Selbstmord nicht enthält, die selbständige Bestrafung der Beihülfe unmöglich ist.[8]

Auch Hälschner (das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, S. 20) ist der Ansicht, dass Beihülfe zum Selbstmord gestraft werden müsse, falls letzterer nur aus kriminal-politischen Rücksichten straflos bliebe, — welch' letzteres er freilich verneint —; es geht aber aus seinen Ausführungen nicht deutlich hervor, ob er nur de lege ferenda spricht, oder ob er — natürlich nur unter der angegebenen von ihm missbilligten Voraussetzung — die Beihülfe zum Selbstmord schon nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung für strafbar hält. Letztere Annahme scheint die Auffassung Hälschner's zu sein, lässt sich aber m. E. nicht aufrecht halten.

Allerdings wird in manchen Fällen der Gehülfe bestraft, während der Hauptthäter straflos ausgeht. Aber dann ist der Grund ein höchst persönlicher, in der Person des

3. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895. S. 264, Anm. 6.

4. Deutsches Strafrecht. Vorlesungen herausgeg. von O. v. Wächter 1881. S. 186.

5. Die notwendige Teilnahme am Verbrechen S. 288, 292; und: zur Kritik des Entwurfes eines St. G. B.s für Russland; im Gerichtssaal Bd. 38 (1886) S. 115.

6. Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft S. 66.

7. Ueber den Thatbestand der Verbrechen 1805. S. 134.

8. So ausser den bereits Genannten Berner: Grundsätze des preussischen Strafrechts 1861 S. 50; Merkel in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. III, S. 668; Wessely: Ueber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand etc. in der österreichischen Vierteljahrsschrift, herausgeg. von Haimerl Bd. I (1858) S. 241.

Thäters liegender und berührt den Begriff des Delikts in keiner Weise. Dieses bleibt vielmehr bestehen und daher in Anlehnung daran auch jede Teilnahmehandlung. Ein Beispiel für diese Erscheinung ist die That des Geisteskranken oder Strafunmündigen. In anderen Fällen ist durch eine Handlung der Thatbestand eines Deliktes erfüllt, dieses selbst aber hat durch ein hinzutretendes, dem Begriffe des Deliktes an sich nicht eigentümliches Moment eine besondere individuelle Färbung erhalten und ist so gleichsam zu einem Tochterdelikt gegenüber jenem allgemeinen Delikte geworden. Hier ergreift von Hause aus die Eigenheit der Thäterhandlung die Teilnahmehandlung, so dass diese den Regeln unterfällt, welche für jene gelten. Es bedarf einer positiven Gesetzesvorschrift, um dies Verhältnis zu ändern. Ein Beispiel hierfür bietet § 247 R.-St.-G.-B.s, welcher, wie bereits erwähnt, Diebstahl eines Ehegatten gegen den anderen für straflos erklärt, aber in Absatz 3 ausdrücklich vorschreibt, dass diese Bestimmung auf Teilnehmer am Diebstahl keine Anwendung findet. Ein gleiches muss auch für den Fall des Selbstmordes gelten, so dass, wenn im Gesetze nichts enthalten ist, die Beihülfe zum Selbstmorde den für diesen geltenden Regeln unterliegt, also straflos bleibt.

Gegen die Bestrafung der Beihülfe zum Selbstmord de lege ferenda hat sich Mittermaier[1] erklärt, aber m. E. mit unzureichender Begründung. Er giebt zu, dass der Beihülfe zum Selbstmord die schändlichste Gesinnung zu Grunde liegen kann, hält aber eine Strafdrohung nicht für angebracht,

1. Die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung etc. in Goltdammers Archiv B. IX (1861) S. 437; ferner Binding: Handbuch des Strafrechts. Bd. I, S. 701; als Grund führt er jedoch bloss an die Straflosigkeit der Haupthandlung, was niemand leugnet, aber nichts beweist. Schliesslich v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III, S. 417, letzterer ohne Begründung.

weil sich das Vorhandensein einer solchen unmoralischen Gesinnung schwer feststellen liesse. Dagegen ist zu sagen, dass die grössere oder geringere Schwierigkeit einer thatsächlichen Feststellung den Gesetzgeber nicht beeinflussen darf, und dass die Strafgesetze an zahlreichen Stellen inneren Thatsachen, wie die Gesinnung eine ist, so der Absicht, dem Bewusstsein entscheidende Bedeutung beimessen.

Das Hauptargument Mittermaier's ist, „dass in der Regel der Teilnehmer unter Umständen handelt, unter denen er überzeugt war, dass der andere sich selbst getötet haben würde und seine Teilnahme oft aus, nach seiner Vorstellung, guten Absichten geschah“.[1] Aber auch diese Anführungen sind m. E. nicht stichhaltig. Ebenso gut wie der Gehülfe zum Selbstmord kann jeder Gehülfe bei jeder That die Ueberzeugung oder sogar die Gewissheit haben, dass der Thäter auch ohne seine Beihülfe allein zur Ausführung der That schreiten werde, auf des Gehülfen Strafbarkeit gewinnt dieses Bewusstsein gar keinen Einfluss.

Aus dem weiteren Argumente, dass der Gehülfe zum Selbstmorde oft von guten Absichten geleitet ist, folgt nur, dass der Strafrahmen ein genügend weiter sein muss, um dem Richter bei Abmessung der Strafe die Möglichkeit der Berücksichtigung derartiger Momente zu gewähren.

---

1. l. c. S. 437.

Zweiter Abschnitt.

Die Tötung des Einwilligenden.

§ 3.

1. Einwilligung.

Das Wort „Einwilligung" weist sprachlich auf das Eingehen auf einen fremden Willen hin. Und das kennzeichnet in der That wesentlich seinen Begriff. Einwilligung setzt demnach voraus, dass von mehreren Personen die eine ihren Willen auf ein bestimmtes Objekt gerichtet hat, und nun die andere dieses auch zu dem Objekt ihres eigenen Willens macht. An einem Beispiel wird dieser Vorgang leicht ersichtlich werden. In Shakespeares „Julius Cäsar" sagt Antonius zu Lepidus: „Auch Euer Bruder Muss sterben, Lepidus; Ihr willigt drein?" Lepidus erwidert: „Ich willige drein." Antonius will den Tod von Lepidus' Bruder herbeiführen. Dadurch, dass Lepidus einwilligt, geht er auf des Antonius Wollen ein und macht es zu seinem eigenen, indem auch er jetzt seines Bruders Tod will. Er übernimmt also das in dem anderen lebendige Wollen und macht es zu seinem eigenen, nicht so zwar, als ob er nun für sich wolle, was der andere für sich will, sondern so, dass er für den andern will, was dieser für sich will, oder dass er für sich will, was auch der andere für ihn wollte. Wenn demnach Antonius seinen Willen, des Lepidus Bruder zu töten, dem Lepidus mitteilte, und dieser sich darauf, dies selbst auszuführen, entschlösse, so kann von einer Einwilligung nicht die Rede sein; anders aber, wenn auf die Mitteilung des Antonius hin des Lepidus Wollen sich auf die Herbeiführung

des Erfolges durch Antonius richtete, oder wenn Lepidus, gesetzt den Fall, dass des Antonius Wollen auf Ausführung der That allein durch Lepidus gerichtet gewesen wäre, sich damit einverstanden erklärt hätte. In beiden Fällen läge wahre Einwilligung vor.

Sehr nah berühren sich Einwilligung und Erlaubnis und verbinden sich oft in der Art, dass das eine in dem andern enthalten ist. Dennoch sind beide Begriffe wesentlich von einander verschieden und daher scharf zu sondern.[1] Erlauben kann ich nur, was ich auch verbieten darf. Dem Erlaubenden muss also hinsichtlich der Person oder des Vorhabens des Empfängers der Erlaubnis irgend eine Machtbefugnis, thatsächlicher oder rechtlicher Natur, eignen. Das ist aber auf Seiten des Einwilligenden keineswegs erforderlich. Wenn A dem B bei Ausführung eines Diebstahls Beihülfe leistet, so ist daraus regelmässig die Einwilligung des A in den Diebstahl zu entnehmen. Und doch ist vielleicht dem A die Möglichkeit irgend einer Einwirkung auf die Vollziehung der That durch B benommen. Es bleibt also der Begriff der Einwilligung unangetastet, auch wenn der Einwilligende keinen Einfluss auf die Ausführung der Handlung, in die er eingewilligt hat, geltend zu machen vermag.

Andererseits setzt der Begriff der Einwilligung voraus, dass der Empfänger der Einwilligung bereits eine Zeit lang, bevor sie erteilt war, den auf eine bestimmte Handlung gerichteten Willen gehabt hat, während ich einem dritten etwas erlauben kann, was dieser gar nicht will.

Trotz dieser Verschiedenheit wird regelmässig in der Einwilligung eine Erlaubnis enthalten sein, und in dem Falle notwendig, wo jemand in eine Handlung einwilligt, ohne an ihrer Ausübung teilzunehmen. Dann wird stets dem Einwilligenden irgend eine Machtbefugnis hinsichtlich der

1. Keinen Unterschied macht Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 § 35.

Person dessen, der handeln will, oder seines Verhaltens zur Seite stehen, kraft deren er die Handlung verbieten oder verhindern kann. Denn was sollte sonst dem Empfänger der Einwilligung an dieser gelegen sein, und andererseits, was bezweckte wohl der Einwilligende selbst mit seiner Einwilligung, wenn er sich seiner Ohnmacht, irgendwie auf das Verhalten des andern einzuwirken, bewusst war?

Es ist im Vorstehenden der Begriff der Einwilligung auf den Begriff des Wollens aufgebaut worden. Dabei ist letzterer im Sprachgebrauche des täglichen Lebens genommen worden, wonach „Wollen" ein seelischer Vorgang ist, bei dem sich mit der Vorstellung eines künftigen Zustandes und der Erkenntnis der zur Herbeiführung desselben tauglichen Mittel der Entschluss verbindet, diese Mittel anzuwenden.

Etwas anderes verstehen viele Philosophen und ihnen folgend auch manche Juristen unter Wollen. Der Akt des Wollens ist, wie einige sagen,[1] eine an sich nicht zu erklärende Grunderscheinung des menschlichen Lebens. Er soll, unmittelbar nur auf eine Körperbewegung gerichtet, selbst untrennbar mit dieser verbunden sein.[2]

Es erhellt, dass diese Bestimmung des Willens dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht entspricht und sich auch

---

1. Lotze: Medizinische Psychologie 1852 S. 300 f.; und: Mikrokosmus 4. Aufl. Bd. I S. 286 ff. Schopenhauer: Handschriftlicher Nachlass S. 161; Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 5; Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft S. 5.

2. Schopenhauer: Welt als Wille und Vorstellung Bd. II S. 42, Bd. I S. 120; Bünger: Ueber Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft Bd. VI S. 320 f.; v. Hartmann: Philosophie des Unbewussten Bd. II S. 45; Träger: Wille, Determinismus, Strafe S. 15; Frank: Vorstellung und Wille in der modernen dolus-Lehre; in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft Bd. X S. 204.

mit dem oben festgestellten Begriffe der Einwilligung nicht verträgt. Denn er setzt voraus, dass auf Seiten des Empfängers der Einwiligung geraume Zeit vor Ausführung seines Vorhabens der Wille dazu besteht, und dass, von der Person des Einwilligenden aus gesehen, eine Trennung von Wille und Körperbewegung in der Art möglich ist, dass die Körperbewegung eines Dritten gewollt wird. Das ist aber unmöglich, wenn, wie es die Ansicht der oben (S. 42 Anm. 2) zitierten Schriftsteller ist, Wollen und Körperbewegung eine untrennbare Einheit bilden. Nun können aber thatsächlich, wie jeder aus eigener täglicher Erfahrung weiss, längere oder kürzere Zeit vor Eintritt der Körperbewegung in der Seele die Vorstellung eines künftigen Zustandes, die Erkenntnis der zur Herbeiführung desselben geeigneten Mittel und der Entschluss, sie anzuwenden, vorhanden sein. Es ist nicht abzusehen, warum wir diesen seelischen Vorgang nicht als Wollen bezeichnen sollen, zumal die Philosophen dafür keinen einheitlichen Ausdruck anwenden.

Ist im Vorigen der Begriff der Einwilligung selbst entwickelt worden, so erhebt sich nun die weitere Frage, was Gegenstand der Einwilligung sei, worein eingewilligt werde. Die Antwort ergiebt sich aus dem Wesen der Einwilligung. Es besteht, wie oben dargelegt ist, darin, dass jemand die in einem anderen lebendige Willensrichtung zu seiner eigenen macht. Der Einwilligende will daher dasselbe, was auch der Empfänger der Einwilligung will. Darin also, was Gegenstand des Wollens dieses ist, wird eingewilligt. Die Erledigung der oben gestellten Frage ist daher durch die Beantwortung der Vorfrage bedingt, was überhaupt Gegenstand des Wollens sein kann. Nach dem oben Gesagten ist dem Wollen, wie es der gewöhnliche Sprachgebrauch fasst, wesentlich der Entschluss, zur Herbeiführung eines vorgestellten künftigen Zustandes die dazu als tauglich erkannten Mittel anzuwenden. Wenn sich also das Wollen mit einem durch verschiedene Voraussetzungen modifizierten

Entschlossensein identifiziert, so ist, da der Entschluss notwendig auf ein Handeln gerichtet ist, anzunehmen, dass auch das Wollen stets eine Handlung zum Gegenstande haben muss, eine Handlung freilich, welche vorgenommen wird in der Absicht, durch sie einen bestimmten vorgestellten Zustand zu verwirklichen.

Der Sprachgebrauch verbindet denn auch meist das Wort „Wollen“ mit einem Handeln: Ich will essen, ich will schlafen, ich will nachdenken etc. Manchmal aber tritt das Wort in direkte Beziehung zu einem Erfolge: Er will seinen Tod; er wollte das Unglück des andern. Dies wird dann vor allem der Fall sein, wenn Handlung und Erfolg in unmittelbarem Zusammenhange zu einander stehen, so dass dem Handeln der Erfolg auf dem Fusse folgt; oder wenn die Art des Handelns an sich gänzlich unbedeutend war und der Erfolg auf andere Weise ebenso gut hätte herbeigeführt werden können. Da werden wir über dem Erfolge das Handeln nicht beachten und daher annehmen, dass sich der Wille direkt auf den Erfolg bezogen habe. Und das drückt sich dann auch in der Sprache aus. Es ist aber trotzdem im Auge zu behalten, dass man an sich nur eine Handlung wollen kann. Jener entgegengesetzte Sprachgebrauch mag bequem sein; richtig ist er nicht.

Ist sonach die Frage, was Gegenstand des Wollens sei, beantwortet, so ist es auch gemäss dem oben Gesagten die weitere Frage, worin eingewilligt werde. Gegenstand der Einwilligung ist, was Gegenstand des Wollens des Einwilligenden und des Empfängers der Einwilligung ist, also die Handlung des letzteren,[1] nicht aber der durch die Handlung herbeigeführte Erfolg. Dass dies undenkbar ist, ergiebt sich schon daraus, dass der Erfolg, den der Einwilligende und der Empfänger der Einwilligung sich vorstellen, nicht der gleiche zu sein braucht

1. Zu demselben Resultat kommt, wenn auch auf ganz verschiedenem Wege, Kessler: Die Einwilligung des Verletzten 1884 S. 26.

wie folgendes Beispiel klar erkennen lässt: A willigt ein, dass B auf eine ihm, dem A, gehörige Sache schiesse, und wettet mit B, dass dieser vorbeischiessen werde. Offenbar stellt sich A vor, dass B das Ziel fehlen, B, dass er treffen werde, also jeder einen anderen Erfolg. Gegenstand der Einwilligung kann also nicht der Erfolg sein, sondern es ist die Handlung des Schiessens.

2. Wirkung der Einwilligung bei der Tötung.

a) in absoluter Betrachtung.

§ 4.

Wirkung der Einwilligung allgemein.

Aus dem im vorigen Paragraphen festgestellten Begriffe der Einwilligung ist die Wirkung derselben auf die Handlung des Empfängers der Einwilligung abzuleiten. Vorausgesetzt ist dabei zunächst, dass die Einwilligung eine ernstlich gemeinte war. Sodann muss die Einwilligung freiwillig erteilt sein. Der Einwilligende darf nicht durch vis compulsiva oder absoluta, durch täuschende Erregung eines Irrtums zu seinem Verhalten veranlasst worden sein. Schliesslich muss die Einwilligung von einem eines derartigen Aktes Fähigen ausgegangen sein. Die Einwilligung eines Wahnsinnigen oder sinnlos Betrunkenen oder eines Kindes zu einer Handlung kann natürlich rechtliche Folgen nicht nach sich ziehen.

Die diesen Voraussetzungen entsprechende Einwilligung in eine an sich kriminell-strafbare Handlung hat verschiedene Wirkungen, je nachdem die Person des Einwilligenden eine von der Person des Handelnden verschiedene ist oder nicht. Nur der erstere Fall kommt hier in Betracht, dass also die Einwilligung in eine Handlung eines dritten erteilt ist, nicht auch der Fall, dass jemand eingewilligt hat, selbst in bestimmter Weise thätig zu werden.

Es ist oben bereits ausgeführt worden, dass in der Ein-

willigung zu dem Handeln eines Dritten stets eine Erlaubnis enthalten ist, und dass demnach zwischen dem Einwilligenden und dem Empfänger der Einwilligung ein Machtverhältnis bestehen muss, auf Grund dessen der Einwilligende irgendwie auf die Handlung des anderen einzuwirken vermag. Diese Macht kann doppelt geartet sein: Sie richtet sich entweder unmittelbar gegen die Person des Handelnden, so, wenn sie z. B. dem Verhältnisse zwischen Vater und Sohn, zwischen Vorgesetztem und Untergebenem entspringt, oder sie gründet sich auf ein Recht des Einwilligenden, welches durch die Handlung verletzt wird. Nur der letzte Fall, in welchem die Person des durch die Handlung Betroffenen und die Person des Einwilligenden identisch sind, ist hier zu behandeln, und die Wirkung, welche die Einwilligung des durch die Handlung Verletzten auf den Handelnden ausübt, zu betrachten. Das gewonnene Ergebnis ist dann auf den Fall der Tötung des Einwilligenden anzuwenden.

Die Wirkung der Einwilligung könnte denkbarer Weise entweder sein die Aufhebung der Strafbarkeit des Handelnden, oder eine Milderung in der Bestrafung, oder auch die gleiche Strafbarkeit, in welchem Falle also die Wirkung gleich null wäre. Möglich wäre schliesslich noch, dass sich die Frage allgemein überhaupt nicht beantworten liesse, sondern dass in den verschiedenen Anwendungsfällen der Einwilligung in eine Handlung auch die Wirkung eine verschiedene wäre.

Auch hier ist, wie bei der Frage nach der Behandlung des Selbstmordes, die Entscheidung nicht zu treffen, ohne auf den Rechtsgrund der Strafe überhaupt, auf die Frage, wie kommt der Staat dazu, Strafen aufzuerlegen, zurückzugehen. Die Antwort ist bereits oben, S. 12, gegeben worden, wonach Strafe der Erhaltung des staatlichen Organismus dient. Sobald daher jemand den Bestand des staatlichen Organismus gefährdet, wehrt sich die Allgemeinheit dagegen und bestraft den Verbrecher.

Diese Gefährdung tritt selten unmittelbar ein, nämlich durch Handlungen, welche wie die Delikte der Bigamie, des Incestes, des Ehebruchs sittliche Anschauungen und Empfindungen verletzen, die die Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung sind.

In den meisten Fällen ist die Verletzung nur eine mittelbare, durch Vermittelung eines Zwischengliedes eintretende; dieses kann wieder eine einzelne Person oder der Staat selbst sein. Dass die Verletzung einer einzelnen Person mittelbar auch den staatlichen Organismus gefährdet, erklärt sich daraus, dass in ihm den Menschen der freie Genuss bestimmter Güter gewährleistet ist. Wer sich daher gegen ein solches Gut vergeht, bedroht zugleich auch in Missachtung der heutigen Ordnung diese selbst und ihren sicheren Bestand. Aehnlich ist es mit Verletzungen des Staates. Der Staat ist das wichtigste Glied in dem Gefüge des sozialen Organismus. Wer ihn daher schädigt, schädigt das Ganze.

Wenn nun der, welcher durch einen fremden Eingriff in seine Rechtssphäre verletzt wird, seine Einwilligung zu der Verletzung giebt, d. h. wenn er den Erfolg voraussieht, trotzdem aber die Handlung will, während er sie doch vermeiden könnte, so kann er, der Einwilligende,' füglich nicht mehr verletzt genannt werden. Wenn aber niemand verletzt ist, so ist durch die Handlung auch nicht die Allgemeinheit gefährdet worden und entfällt also die Möglichkeit einer Bestrafung. Die Einwilligung des Verletzten bewirkt also Straflosigkeit des Handelnden. Volenti non fit iniuria.

Das gilt auch bei Verletzungen des Staates, wie folgendes Beispiel beweist. Wenn sich jemand einer Regierung als Spion anbietet und, um sich bei dem Feinde Glauben zu verschaffen, die Erlaubnis begehrt, ein militärisches Geheimnis verraten zu dürfen, und die Regierung darein auch einwilligt, so wird niemand den Spion wegen Uebertretung

des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse für strafbar erklären. Also volenti non fit iniuria.

Dann, wenn die Allgemeinheit unmittelbar verletzt wird, wie in den oben genannten Beispielen, kann natürlich von Einwilligung nicht die Rede sein. Denn wenn die Allgemeinheit in die verletzende Handlung einwilligte, so würde sie sich damit selbst aufgeben und durch die Einwilligung selbst eine andere werden, in welcher dann derartige Handlungen überhaupt nicht strafbar wären. Die Fälle der unmittelbaren Verletzung scheiden daber aus unserem Beachtungskreise aus.

Als Ergebnis hat sich demnach herausgestellt, dass die Einwilligung des Verletzten die Wirkung bat, den Handelnden straffrei zu machen. Es bleibt aber die Frage, wer im einzelnen Falle der Verletzte ist. Der Richter wird die Antwort natürlich nur auf Grund des positiven Rechts finden können und dürfen. Der Wissenschaft bleibt aber immer die Beurteilung dessen, ob das Gesetz das Richtige getroffen hat. Daher können wir zunächst von den Vorschriften des geltenden positiven Rechts absehen.

Ein durchgreifendes Merkmal dafür nun, wer durch eine Handlung verletzt ist, giebt es nicht. Die Entscheidung muss sich vielmehr aus dem Wesen der einzelnen Delikte ergeben. Hier, wo es sich nur darum handelt, die Grundlagen für die Beurteilung der Tötung des Einwilligenden zu schaffen, genügt es, an einzelnen Beispielen unsere Lehre zu entwickeln.

Durch einen Angriff auf das Vermögen wird, wie sich von selbst ergiebt, das Vermögenssubjekt verletzt, so durch Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung. Es erhellt auch, dass die Einwilligung des Eigentümers des beschädigten oder entzogenen Gutes den Thäter der Strafe entzieht.

Anders liegt die Sache im Falle des Wuchers. Auch hier wird jemand in seinen Vermögensrechten gekränkt. Er hat auch, wie das schon der Begriff des Wuchers er-

fordert, in seine Schädigung eingewilligt. Wenn trotzdem der Wucherer strafbar ist, so liegt der Grund darin, dass der andere Teil nicht der eigentliche oder vielmehr nicht der einzige Verletzte ist. Die Allgemeinheit ist hier nicht nur mittelbar durch die Person des Geschädigten hindurch verletzt, sondern unmittelbar durch die wucherische Handlung. Denn der Bestand des staatlichen Organismus wird gefährdet durch das Treiben solcher Personen, welche die Notlage oder den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit anderer ausbeuten, um sich ihre Einwilligung zu Handlungen zu verschaffen, die mit den bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen sich nicht vertragen.

Andere Beispiele lassen noch deutlicher erkennen, dass die Person des Verletzten für die Frage nach der Wirkung der Einwilligung massgebend ist. Wenn der Ehemann berechtigt ist, die Briefe seiner Frau zu erbrechen, so kann er doch nicht wirksam seine Einwilligung geben, dass ein Dritter sie öffne. Dessen Handeln wäre trotz der Einwilligung nach § 299 R.-S.-G.-B.s strafbar. Der Grund ist, dass durch sein Handeln nicht der Ehemann, sondern die Ehefrau verletzt wird. Sie allein hat Anspruch auf die Wahrung des Briefgeheimnisses. Daher ist der dritte Brieferbrecher nur straffrei, wenn sie ihre Einwilligung gegeben hat.

Ein anderes Beispiel ist folgendes: Notzucht unter Eheleuten giebt es nicht. Wenn nun der Ehemann einem dritten seine Einwilligung erteilt, an seiner Frau Notzucht zu verüben, würde dieser dritte natürlich strafbar sein. Denn durch die Notzucht wird unmittelbar die Ehefrau verletzt, nicht der Ehemann.

Wie ein einzelner, so kann auch der Staat als solcher unmittelbar verletzt werden, so durch Hochverrat, Majestätsbeleidigung, wenn auch hier zugleich ein einzelner mitbetroffen wird. Dass auch in diesen Fällen eine wirksame Einwilligung möglich ist, die für den Handelnden Straf-

losigkeit herbeiführt, beweist das oben, S. 48, angeführte Beispiel.

In verschiedener Weise hat die Doktrin versucht, die in der Straflosigkeit des Handelnden liegende Wirksamkeit der Einwilligung rechtlich zu konstruieren. Stübel[1] und Heffter[2] z. B. reden von Dereliktion eines Rechts. Während aber zur Dereliktion gehört, dass der Derelinquent das derelictum völlig seinem Schicksal überlässt und sich jeder Einwirkung darauf enthält, begiebt sich der Einwilligende nur in Beziehung auf eine bestimmte Person und unter Voraussetzung eines bestimmten Verhaltens dieser Person eines ihm zustehenden Rechts.

Ebenso wenig schliesst die Einwilligung den Begriff des Verzichts in sich,[3] wie Kessler[4] m. E. überzeugend nachgewiesen hat. Er führt vor allem an, dass ein Verzicht unwiderruflich sei, während die Einwilligung jederzeit wirksam zurückgenommen werden könne.

---

1. Ueber die Natur der Handlung, wenn jemand ein nach dem Sittengesetz unveräusserliches Gut des andern mit dessen Einwilligung beschädigt etc.; im Neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. 9 (1826) S. 558.

2. Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts 1833 S. 53.

3. Von einem solchen reden z. B. Köstlin: System des deutschen Strafrechts S. 98 f. und: Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts 1845 S. 689; Wessely in Haimerl's österreichischer Vierteljahresschrift l. c. S. 219; Henke: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik 1823 S. 231 f. Schütze: Die notwendige Teilnahme S. 289 f und: Lehrbuch des Strafrechts S. 105 Anm. 9; Ortmann: Ueber Verletzungen, insbesondere Tötungen eines Einwilligenden; im Gerichtssaale Bd. 25 (1877) S. 104 ff.

4. l. c. S. 23.

Auch die Uebertragung eines Rechts enthält die Einwilligung nicht.[1] .Wer sich z. B. eine Freiheitsberaubung gefallen lässt, überträgt dem Handelnden doch nie und nimmer das ihm zustehende Recht auf Freiheit und könnte es auch garnicht.

Völlig verkehrt ist es, in der Einwilligung eine Entsagung auf die Strafe[2] oder eine Autorisation zur Uebertretung des Strafgesetzes sehen zu wollen. Denn wie kann ein einzelner überhaupt die Macht besitzen, über die Anwendung einer Gesetzesvorschrift zu verfügen? Er kann wohl Handlungen vornehmen, welche als Folge nach sich ziehen, dass ein Gesetz zur Anwendung kommt. Aber nimmermehr können diese Wirkung und die Handlung selbst eins werden.

Die Wirksamkeit der Einwilligung lässt sich m. E. überhaupt nicht unter einen festen und gar aus dem Civilrecht übernommenen Begriff bringen; sie lässt sich nur umschreiben und in ihren Folgen und durch sie kennzeichnen. Der Einwilligende legt sich selbst eine Beschränkung auf. Indem er eine Handlung geschehen lassen will, welche verbieten zu können der Ausfluss eines ihm zustehenden Rechts ist, entsteht eine Differenz zwischen seinen Befugnissen vor und nach der Einwilligung. Und so kann man hier wohl der Kürze halber von einer Dereliktion, von einem Verzichte auf ein Recht reden, nur muss man sich klar vor Augen halten, dass einige diesen technischen Begriffen

1. So Breithaupt: Volenti non fit iniuria 1891 S. 22; dagegen Wessely: l. c. S. 919.

2. So Hepp: Neues Archiv des Kriminalrechts Bd. XI (1829) S. 258 f. Daraus folgt für Hepp, da er eine wirksame Entsagung auf die Strafe doch nicht annimmt, dass die Einwilligung keine Wirkung auf den Empfänger der Einwilligung ausüben könne; natürlich: bloss die Einwilligung ist überhaupt keine Entsagung auf die Strafe.

wesentliche Merkmale in der Einwilligung nicht enthalten sind.

§ 5.
Wirkung der Einwilligung bei der Tötung.

Das über die Wirksamkeit der Einwilligung gewonnene Ergebnis ist im Folgenden auf den Fall der Tötung eines Einwilligenden anzuwenden. Als Grundlage dient der Satz, dass die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit des Thäters aufhebt. Es handelt sich also darum, festzustellen, wer durch das Verbrechen der Tötung verletzt ist. Natürlich der Getötete, wird jeder sagen. Und freilich wird er in seinem Anspruche, zu leben, am sichtfälligsten gekränkt. Wenn nun um seiner, des Objekts der Tötung, willen die Strafe den Mörder träfe, wenn er also durch die Tötung zunächst, aber auch allein verletzt würde, so müsste seine Einwilligung allerdings auch den Thäter der Strafe entziehen. Ferner müsste er aber auch selbst berechtigt sein, sein Leben aufzugeben. Denn es ist doch nicht denkbar, dass ich, der Inhaber eines Gutes, darüber nur in der Weise verfügen kann, dass ein anderer mit dem Gut nach Belieben schalten könne, nicht aber so, dass ich selbst durch eigene Handlung mich desselben entäussern dürfte. Vielmehr muss, wenn jemand wegen seiner auf die Einwilligung eines anderen hin ausgeführten Handlung straflos bleiben will, zunächst der Einwilligende selbst berechtigt gewesen sein, die Handlung auszuführen. Und es ist dies das erste Kriterium zur Entscheidung der Frage, ob im konkreten Falle der Einwilligende und der Verletzte identisch sind, ob also die Einwilligung Straflosigkeit für den Empfänger der Einwilligung nach sich gezogen hat. Freilich darf man den Satz nicht umdrehen und sagen: Wer selbst straflos eine Handlung ausführen darf, kann durch seine Einwilligung auch für einen anderen, falls dieser dieselbe Handlung voll-

führt, Straflosigkeit erwirken. Daher wird, wie schon oben gezeigt ist, der dritte durch die Einwilligung des Ehemanns nicht befugt, die für die Ehefrau bestimmten Briefe zu erbrechen.

Um auf das Gesagte zurückzukommen, wenn jemand durch die Einwilligung, sich töten zu lassen, den Mörder der Strafe entziehen könnte, so müsste er auch berechtigt sein, sich selbst das Leben zu nehmen. Nach dem im § 1 Gesagten trifft das aber keineswegs zu.[1] Damit fällt aber auch der Obersatz, dass den Mörder die Einwilligung seines Opfers der Strafe entziehe. Der Grund ist derselbe wie im Falle des Selbstmords: Ueber dem Rechte des einzelnen auf sein Leben, welches seiner Natur nach schon als solches frei veräusserlich ist, steht das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Lebens des einzelnen, welches sich darauf gründet, dass eine gewaltsame Vernichtung des Lebens eine lebhafte Beunruhigung des Gemeinwesens hervorruft und den Bestand des staatlichen Organismus gefährdet. Dieser Erfolg aber tritt ein, mag der einzelne durch Selbstmord, Tötung auf voraufgegangene Einwilligung hin oder gewöhnlichen Mord oder Totschlag enden. Mithin ist in allen drei Fällen der Staat verletzt, wenn auch der einzelne in seinem Recht auf sein Leben nicht gekränkt ist. Daher entfällt auch nicht das Recht des Staates, den Thäter zu strafen. Denn der Rechtsgrund der Strafe ist ja eben Erhaltung des staatlichen Organismus, welcher durch derartige Handlungen stark gefährdet wird.

In den gewöhnlichen Fällen der Tötung wird dieser über dem Rechte des einzelnen stehende Anspruch der Allgemeinheit kaum kenntlich sein, weil da zunächst die Vernichtung des Rechts des Getöteten auf sein Leben in die Augen fällt. Kenntlich aber wird er an den Wirkungen,

1. Dass der Selbstmörder straflos bleibt, ist, wie oben gezeigt wurde, durch andere Momente bedingt.

welche aus der Erklärung des Staates, im konkreten Falle an der Erhaltung des Lebens eines einzelnen kein Interesse mehr zu nehmen, hervorgehen. Man denke an die Strafe des altgermanischen Rechts, wodurch einer aus dem gemeinen Frieden gesetzt und „wargus" wurde. Der wargus hat wohl den intensiven Willen, das Recht auf sein Leben nicht fahren zu lassen. Aber der Staat hat in der Erkenntnis, dass die Tötung dieses Menschen keine Verletzung des staatlichen Organismus sei, erklärt, dass, wer den wargus töte, damit ein Interesse des Staates nicht verletze. Es bleibt also, wer demgemäss handelt, straflos. Das Recht des wargus auf sein Leben ist damit zwar nicht von selbst erloschen, entbehrt aber natürlich des Rechtsschutzes, da mit jener Erklärung des Staates der Rechtfertigungsgrund jeder Strafe, nämlich die Aufrechthaltung des staatlichen Organismus, entfallen ist.

Das Ergebnis ist, dass die Tötung des Einwilligenden nicht straflos bleiben darf, da von den beiden Verletzten, dem Getöteten und der Allgemeinheit, nur der erstere eingewilligt hat, das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Lebens jedes einzelnen aber nicht erloschen ist. So bleibt auch der römische Satz: „Volenti non fit iniuria," bestehen. Denn freilich dem Einwilligenden ist durch seine Tötung kein Unrecht geschehen, wohl aber der Allgemeinheit, welche die Tötung nicht gewollt hat.

Trotzdem lässt sich keinen Augenblick verkennen, dass die Tötung des Einwiligenden eine ganz andere Behandlung erfahren muss, als Mord oder Totschlag. Während den Mörder oft die niedrigsten Leidenschaften, wie Blutdurst, Hass, Rachsucht, Geldgier zur That drängen, wird, wer einen Einwilligenden tötet, oft nur ein Gebot der Nächstenliebe zu erfüllen glauben, fast durchweg aber aus durchaus sittlichen Motiven handeln. Der Soldat, der seinem zu Tode getroffenen, furchtbare Schmerzen leidenden Kameraden mit dessen Einwilligung den Gnadenstoss giebt, der Freund,

welcher sich erweichen lässt, dem unheilbar kranken Freunde die todbringende Dosis Morphium zu reichen, um dessen nutzlose Qualen zu endigen, sie handeln nach bestem Wissen und Gewissen. Sollte der Liebende, der nach gemeinsam gefasstem Beschluss, zusammen zu sterben, seiner Geliebten den Tod giebt, sich selbst zu töten aber verhindert wird, wie ein Mörder bestraft werden?[1]

Andererseits aber soll man sich hier auch nicht durch schwächliche Humanitätsgefühle bestimmen lassen, gänzliche Straflosigkeit oder eine ganz geringe Strafe für den Thäter zu fordern. Denn mag die Intention des Thäters noch so edel gewesen sein; der Erfolg der Tötung eines anderen bleibt bestehen. Und nicht der Wille allein beherrscht das Strafrecht, sondern ebenbürtig damit auch der Erfolg. Daher wird, auch wo jeder verbrecherische Wille fehlt, wie im Falle des fahrlässigen Delikts, der blosse Erfolg an dem, der ihn verursacht hat, bestraft, und umgekehrt, z. B. beim Versuche, der Wille, selbst wenn er nicht zu dem verbrecherischen Erfolge geführt hat.

Denkbar sind freilich auch Fälle, in denen die Tötung des Einwilligenden aus durchaus verwerflichen Motiven erfolgt. Indessen existieren die Beispiele wohl nur in den Köpfen juristischer Schriftsteller. Wenigstens ist meines Wissens eine auf einen solchen Fall bezügliche Entscheidung nirgends aufgeführt. Es wäre daher falsch, dieser theoretischen Möglichkeit irgend eine Einwirkung auf das gewonnene Ergebnis, dass die Tötung des Einwilligenden in

---

1. So thatsächlich in dem in Goltdammer's Archiv Bd. I S. 325 ff. abgedruckten Falle gemäss einem Urteile des Schwurgerichts zu Berlin unter der Herrschaft des St. G. B.s von 1851; und in der Theorie Abegg: Zur Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Medizinalpersonen; in Goltdammers Archiv Bd. 13 (1865) S. 387.

durchaus anderer, milderer Weise als Mord oder Totschlag zu strafen sei, zu gestatten.

Schon seit langem ist die Doktrin bemüht, die Wirkung der Einwilligung ein für alle Mal festzulegen. Man sah, dass bei einzelnen an sich strafbaren Handlungen die Einwilligung des durch sie zunächst und unmittelbar Verletzten die Wirkung hatte, dass der Handelnde, auch wenn das positive Recht in diesen Fällen überhaupt nicht der Einwilligung gedachte, straffrei blieb; so bei Diebstahl, Sachbeschädigung, Freiheitsberaubung. Das stimmte überein mit dem Satze Ulpians: Nulla iniuria est, quae in volentem fiat. (l. 1 § 5 D. de inj. 47,10). Dagegen erkannte man, dass in anderen Fällen die Einwilligung des zunächst durch die Handlung Betroffenen die Strafbarkeit des Handelnden nicht aufhob, vielleicht milderte, vielleicht auch gänzlich unberührt liess, so z. B., wenn der Getötete in seine Tötung, die Ehefrau in die Verheiratung ihres Mannes mit einer anderen Frauensperson eingewilligt hat. Trotz der Einwilligung blieb das Delikt der Tötung, der Bigamie bestehen. Naturgemäss suchte man ein Merkmal zu finden, welches die Wirkung der Einwilligung auf den Handelnden unmittelbar und in allen Fällen anzeigt. Indem man nun die verschiedene Wirkung vor Augen hatte, fragte man sich nach dem Grunde derselben und kam leicht und sicher zu dem Ergebnisse, die Verschiedenheit der Wirkung läge an der Verschiedenartigkeit der Rechte, welche Gegenstand der Einwilligung wären. Ueber einige dieser Rechte sei der Einwilligende zu verfügen fähig und berechtigt, diese seien für ihn veräusserliche, andere hingegen unveräusserliche; und je nachdem das eine oder das andere der Fall, höbe die Einwilligung die Strafbarkeit der Handlung auf oder lasse sie unberührt.

Der nächste Schritt auf dem einmal betretenen Wege war die Feststellung, welche Rechte veräusserlich, welche unveräusserlich seien. Allgemein gelten als unveräusserlich

die Rechte auf Leben, auf Freiheit, auf die persönliche Gleichheit; als veräusserlich die Vermögensrechte des einzelnen. Manche begnügten sich mit der Aufzählung[1] oder suchten die unveräusserlichen Rechte insgesamt näher zu kennzeichnen. So nennt Abegg[2] sie die Rechte, „welche als Rechte höherer Art, als sittliche Verhältnisse und Existenzen über dem Standpunkte des gewöhnlichen Rechts stehen."

Andere bemühten sich, einen in dem Wesen der veräusserlichen und unveräusserlichen Rechte begründeten Unterschied beider aufzufinden. Als unveräusserlich bezeichnete man die sogenannten „Urrechte",[3] d. h. die Rechte, welche dem Menschen angeboren, überhaupt denkbarer Weise untrennbar von ihm seien. Den Gegensatz dazu sollen die sogenannten „erworbenen Rechte" bilden, welche, wie sie dem Menschen nicht von vornherein eigentümlich, sondern irgendwann erwachsen, auch frei veräusserlich seien. Es wird schnell erkennbar, dass mit dieser Unterscheidung wenig gewonnen war. Das Recht auf Freiheit ist so gut wie nur eines ein angeborenes, also unveräusserliches Recht des Menschen. Nicht minder sicher aber ist, dass im einzelnen Falle die Einwilligung in eine Freiheitsberaubung für den Empfänger der Einwilligung Straflosigkeit herbeiführt. Ferner, die Fähigkeit, Eigentum zu haben, zu erwerben, ist gleichfalls ein Urrecht. Aber seines Eigentumsrechtes an bestimmten Sachen kann sich jeder sofort und stets begeben.

---

1. So Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 2. Aufl. 1874 S. 105.

2. Untersuchungen aus dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft S. 63.

3. Krug: System der praktischen Philosophie 1. T. Rechtslehre. 2. Aufl. S. 81; Bauer: Lehrbuch des Naturrechts 2. Aufl. 1816 S. 125.

Die Unterscheidung von Urrechten und erworbenen Rechten führt also nicht zu dem erstrebten Ziele, ein allgemein gültiges Kennzeichen zu finden, in welchen Fällen die Einwilligung in eine Handlung die Strafbarkeit des Handelnden aufhebt, in welchen sie sie bestehen lässt.

Einen anderen Weg schlug daher Köstlin[1] ein. Indem er sich auf die Verletzung solcher Rechte beschränkte, welche „Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, da nur bei diesen die Möglichkeit eines Verzichtes überall denkbar ist", bekämpft er die hergebrachte Unterscheidung dieser Rechte in veräusserliche und unveräusserliche, hält dieselbe für eine bloss scheinbare und erklärt, jedes dieser Rechte sei seiner Substanz nach unveräusserlich, veräusserlich seien aber einzelne Anwendungen des Rechts, soweit sie von der Substanz abgelöst und mithin abgetreten werden können, ohne denselben Eintrag zu thun. Köstlin bejaht daher die Frage nach der Strafbarkeit dessen, der einen Einwilligenden tötet.

Das auf diesem Wege gewonnene Ergebnis ist wohl im einzelnen zutreffend. Indessen ist Köstlin's Theorie zu eng. Die Beschränkung der Einwilligung auf die Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, ist nicht zu billigen, da, wie wir oben gesehen haben, auch der Staat in ihn verletzende, an sich strafbare Handlungen mit voller Wirksamkeit einwilligen kann und ihnen dadurch den Charakter der Strafbarkeit nimmt.

Ebenso wie Köstlin sehen auch Stübel,[2] Luden[3] und

1. System des deutschen Strafrechts 1855 S. 98 f.; Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts 1845 S. 684.

2. Ueber den Thatbestand der Verbrechen 1805 § 106 S. 132 ff.; über die Natur der Handlung, wenn jemand ein, nach dem Sittengesetz, unveräusserliches Gut des Andern mit dessen Einwilligung beschädiget etc.; im Neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. 9 (1826) S. 551 ff.

3. Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht Bd. II: Ueber den Thatbestand des Verbrechen S. 415 ff.

Henke[1] davon ab, für die verschiedene Wirkung der Einwilligung auf die Strafbarkeit oder Straflosigkeit einer Handlung die Unterscheidung von veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten massgebend sein zu lassen.

Aber während Köstlin einen Verzicht auf die Substanz eines eine Bestimmung an der Persönlichkeit ausmachenden Rechts als unmöglich verwirft, legen Stübel, Luden und Henke ihren Erörterungen vielmehr die Regel zu Grunde, dass jedes Recht aufgebbar sei. Die Folge daraus ist, dass „eine Verletzung in Ansehung eines Rechtes, dessen sich jemand freiwillig begeben hat, nicht denkbar ist.“[2] Dabei verkennen sie natürlich nicht, dass darum die Einwilligung nicht stets die Kraft habe, den Empfänger der Einwilligung straflos zu machen. Von vornherein geben sie zu, dass ein Verzicht auf die von den anderen sogenannten unveräusserlichen Rechte eine Unsitttichkeit wäre, deren sich auch der Empfänger der Einwilligung durch seine Handlung unter allen Umständen schuldig mache. Wenn nun aber in diesen Fällen der Handelnde sogar strafbar sei, so könne die Handlung, da ja ein Recht des Einwilligenden nicht mehr verletzt sein könne, nur als Polizeivergehen, wie Luden (l. c.) sagt, als Gesetzesverbrechen bestraft werden.[3]

Die unmittelbare Folge daraus ist, dass diese Autoren darauf verzichten, eine a priori feststehende Grenze zu ziehen zwischen den Fällen, in denen die Einwilligung Straflosigkeit wirkt, und denen, wo dies nicht der Fall ist. Vielmehr lassen sich die einzelnen Fälle nur nach den positiven Vorschriften des geltenden Rechtes bestimmen, wie Luden (l. c. S. 422) ausdrücklich anerkannt hat.[4]

---

1. Handbuch des Kriminalrechts 1823 S. 231 ff.

2. Stübel: Ueber den Thatbestand etc. S. 132.

3. So auch hinsichtlich der Tötung des Einwilligenden Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. II S. 23.

4. Ebenso Heffter: Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts S. 52 Anm. 2.

Das praktische Ergebnis dieser Lehre ist, dass beim Mangel einer gesetzlichen Vorschrift, welche die Tötung eines Einwilligenden als polizeiliches Delikt für strafbar erklärte, diese Handlung straflos sein müsste.[1] Dagegen und also gegen die Theorie Stübel's, Luden's etc. hat sich mit Recht die herrschende Meinung gekehrt: „dass aber nicht irgend ein Zweckmässigkeitsgrund oder eine polizeiliche Rücksicht diese Strafbarkeit (der Tötung der Einwilligenden) rechtfertigt, sondern nur der Umstand, dass die Einwilligung des Getöteten der Handlung den rechtsverletzenden, verbrecherischen Charakter nicht nehmen konnte, bedarf keiner Ausführung."[2] Freilich ein Recht des Einwilligenden wird durch die Tötung nicht verletzt: volenti non fit iniuria, wohl aber wird der Staat verletzt, seinen Interessen zuwidergehandelt. Daher entfällt nicht die Möglichkeit einer Bestrafung.

Wieder einen anderen Weg zur Beantwortung der Frage, wann die Einwilligung Straflosigkeit des Handelnden herbeiführt, schlägt Hess[3] ein. Dann nämlich soll der Handelnde straflos sein, wenn die Einwilligung aus einem vernünftigen Wollen heraus erteilt ist. Sapienter volenti non fit iniuria.

Es ist klar, dass durch diesen Satz bloss eine Verschiebung des Problems eintritt.[4] Die Frage ist nun: Wann ist das Wollen ein vernünftiges? Gelöst ist das Problem hiermit nicht. Sodann muss Hess selbst, wenn auch nicht ausdrücklich, die Unanwendbarkeit der von ihm aufgestellten Regel in dem wichtigsten Falle der Einwilligung, nämlich

1. So auch Ortmann: Ueber Verletzungen, insbesondere Tötung eines Einwilligenden; im Gerichtssaal Bd. 25 S. 106.

2. Hälschner: System des preussischen Strafrechts Bd. II S. 237.

3. Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts. Sapienter volenti non fit iniuria. S. 43 ff.

4. Ebenso von Liszt: Lehrbuch S. 151 Anm. 6.

der Tötung des Einwilligenden, zugeben. Denn da sich hier nie feststellen liesse, ob das Wollen des Getöteten ein vernünftiges gewesen sei, müsse der Gesetzgeber den Empfänger der Einwilligung stets strafen. Hess' Theorie hat auch, so weit ich sehen kann, keinen Anhänger gefunden.

Im Gegensatz zu allen aufgeführten Lehren, aber öfters im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung, wenn auch in den Konsequenzen abweichend, steht Kessler in seinem Buche: „Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung.“ Als erster geht er auf den Begriff der Einwilligung ein und weist nach, dass ihr Objekt nicht der Erfolg, sondern nur die Handlung sei, kommt also, wenn auch auf anderem Wege, zu dem hier als richtig erkannten Resultat. Er bekämpft sodann die hergebrachte Lehre, vor allem die Scheidung von veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten und erklärt, dass die Einwilligung dessen, in dessen Interesse die Strafbestimmung erlassen sei, stets die Strafbarkeit aufhöbe. Indem er sich ganz auf den Boden des positiven Rechtes stellt, kann er freilich die Strafbarkeit dessen, der einen Einwilligenden tötet, nicht leugnen, erklärt dieselbe aber für einen Fehler und fordert die Beseitigung der fraglichen Vorschriften.

Der Punkt, in dem sich die hier vorgetragene Auffassung von der Kessler's scheidet, ist die Frage nach dem durch die Tötung des Einwilligenden Verletzten. Während Kessler annimmt, dass durch die Einwilligung jede Verletzung ausgeschlossen sei, ist eben die Ansicht vertreten, dass auch der Staat unmittelbar durch die Tötung des Einwilligenden verletzt werde, und dass damit die Möglichkeit und Rechtfertigung einer Strafe erwiesen ist.

b) Wirkung der Einwilligung nach positivem Recht.

§ 6.

Die vollendete Tötung der Einwilligenden.

Das R.-St.-G.-B. enthält eine Bestimmung für den Fall der Tötung eines mit seinem Tode einverstandenen Menschen.

Es ging damit zurück auf die Bestimmungen des A.-L.-R.s, welches in T. II Tit. 20 § 834 die Tötung des Einwilligenden mit 6- bis 10jähriger, und „bei überwiegendem Verdacht, den Wunsch nach dem Tode bei einem Getöteten selbst veranlasst zu haben“, mit lebenswieriger Festungsstrafe ahndete. Im Gegensatz dazu enthielt das Preussische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 keine diesbezügliche Bestimmung. Daher musste die Tötung des Einwilligenden unter die Regel des § 175 bezw. 176 fallen, welcher lautet: „Wer vorsätzlich mit Ueberlegung (§ 176: nicht mit Ueberlegung) einen Menschen tötet, ... wird mit dem Tode (§ 176: mit lebenslänglichem Zuchthaus) bestraft.“ Die Folge waren Urteile, wie das S. 55 Anm. 1 citierte, welche mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein in vollstem Widerspruche standen. Das R.-St.-G.-B. stellte sich daher, indem es im § 216 den § 157 des Königlichsächsischen revidierten Strafgesetzbuches vom 1. Oktober 1868 wörtlich übernahm, auf den richtigen Standpunkt, dass die Tötung des Einwilligenden zwar strafbar, aber durchaus anders als Mord oder Totschlag zu behandeln sei.

§ 216 R.-St.-G.-B.'s erfordert, dass der Handelnde zu seinem Thun bestimmt worden sei. Es ist also, genau genommen, falsch, von Tötung des Einwilligenden zu reden. Denn die Einwilligung setzt, wie früher entwickelt ist, begrifflich voraus, dass der Einwilligende seinen Willen auf eine Handlung richtet, zu der sich ein anderer, der Empfänger der Einwilligung, bereits entschlossen hat. § 216 dagegen erfordert, dass die Willensrichtung des Handelnden auf eine bestimmte Handlung erst durch die Einwirkung seitens eines Dritten, gegen den die Handlung sich richtet, hervorgerufen wird. Wenn trotzdem im Folgenden der Fall des § 216 als Tötung des Einwilligenden bezeichnet wird, so steht das im Einklang mit dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauche, rechtfertigt sich aber ferner durch die Erwägung, dass die für die eigentliche Tötung des Ein-

willigenden entwickelten Regeln auch auf die Bestimmung des § 216 Platz greifen.

Es ist nicht zu verkennen, dass der § 216 eine wesentliche Verschärfung der Thatbestandsmerkmale der gewönlichen Tötung des Einwilligenden enthält. Diese begnügt sich mit der Thatsache, dass die Willensrichtung des Handelnden mit der des Einwilligenden übereinstimmt. Wie dieser Erfolg zustande gekommen ist, bleibt, abgesehen natürlich von den Fällen des Zwanges, des Betruges, bedeutungslos. Daher berührt es den Begriff der Einwilligung nicht, wenn der Empfänger der Einwilligung den andern durch Versprechen, Drohungen, Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt zu seinem Verhalten bewogen hat. Ganz anders ist es im Falle des § 216. Hier ist erfordert, dass der zur That führende Impuls von dem zu Tötenden ausgegangen sei. Er muss das Feuer, welches ihn selbst vernichten soll, in der Brust des Thäters angefacht, sein Verhalten den Thäter bestimmt haben. Freilich wäre es falsch, anzunehmen, dass in der Seele des Thäters nicht schon der Wunsch und das Begehren der Handlung und des durch sie zu erreichenden Erfolges hätte vorhanden gewesen sein dürfen, aber die Entscheidung zwischen den von der Ausführung der Handlung abhaltenden und zu ihr hinstrebenden Motiven darf noch nicht gefallen, der definitive Entschluss noch nicht gefasst sein. Ihn muss erst der Wille des zu Verletzenden hervorgerufen haben. Sein Verlangen ist das Gewicht, welches die Wagschale, auf der die von ihm gewollte Handlung ruht, zur Erde sinken lässt.

§ 216 erfordert, dass dies Verlangen ein ausdrückliches sei. Es ist also notwendig, dass der Einwilligende sichtfällig auf irgend eine Weise das Wollen des anderen zu bestimmen gesucht hat. Daher müssen z. B. Geberden, welche unmittelbar auf den anderen einwirken sollen, genügen, nicht aber sogenannte konkludente Handlungen, d. h. solche Handlungen, die an sich einem anderen Zwecke dienen, und

aus denen der auf Tötung durch den anderen gerichtete Wille sich nur daneben und mittelbar schliessen lässt,[1] z. B. ein schwer Verwundeter bemüht sich, ein neben ihm liegendes Gewehr zu ergreifen, zu laden und zu spannen, um seinem Leben ein Ende zu machen. Aber die Kräfte versagen ihm. Ein dritter, der es bemerkt, nimmt nun das Gewehr, macht es schussfertig, richtet es auf den Verwundeten, und, als dieser kein Zeichen der Abwehr macht, erschiesst ihn. In diesem Falle könnte der § 216 nicht zur Anwendung gelangen. Der dritte hat zwar den Willen des Verwundeten, von ihm getötet zu werden, aus dem vergeblichen Versuche, sich selbst das Leben zu nehmen, geschlossen und die Richtigkeit dieses Schlusses daran erkannt, dass der Verwundete, als er die Mündung des Gewehres auf sich gerichtet sah, kein abwehrendes Zeichen machte. Das Verlangen des Getöteten war also vorhanden, aber es .war nicht ausdrücklich, wie § 216 das erfordert, dem anderen kund gethan.

Dass das ausdrückliche Verlangen des Getöteten auch ein ernstliches gewesen sei, ist selbstverständlich und brauchte im Gesetze nicht besonders hervorgehoben worden zu sein. Denn wenn das Verlangen nicht ernstlich gemeint, vielleicht nur zum Scherze gestellt war, dann lag eben überhaupt kein Verlangen vor, sondern nur der Schein eines solchen und waren also die Erfordernisse des § 216 nicht erfüllt.[2] Ebenso ist es, wenn der Einwilligende eines ernstlichen Verlangens überhaupt nicht fähig war, so wenn er geisteskrank war. Auch dann liegt, selbst wenn er ausdrücklich und ernstlich den Tod fordert, in Wahrheit kein Verlangen vor, und kann daher § 216 nicht Platz greifen.

1. A. M. allein Ortmann: Ueber Verletzungen, insbesondere Tötung eines Einwilligenden in Goltdammer's Archiv Bd. 25, S. 117, 108.

2. Falsch daher v. Holtzendorff: Handbuch des Strafrechts, Bd. III S. 446, welcher den Begriff der Ernstlichkeit nicht für überflüssig hält.

Eine Ausnahme macht nur der Fall, dass sich der Handelnde im thatsächlichen Irrtume darüber befand, dass in Wahrheit kein Verlangen vorliege, so wenn er die Geisteskrankheit des ernstlich die Tötung Verlangenden nicht erkannte. Denn dann müssen die Grundsätze des § 59 R.-St.-G.-B.'s analog zur Anwendung kommen. Es ist daher dem Handelnden der ihm unbekannte Umstand der Geisteskrankheit des anderen nicht zuzurechnen und greift also § 216 Platz.[1]

Keinen Unterschied im Thatbestande der Tötung auf Verlangen macht es, ob der Thäter mit oder ohne Ueberlegung gehandelt hat. Sein Thun ist in gleicher Weise strafbar. Nur für die Strafzumessung mag im einzelnen Falle der Unterschied bedeutungsvoll sein.

§ 216 droht Gefängnisstrafe von mindestens 3 Jahren an. Das Höchstmass sind 5 Jahre.

Der Strafrahmen ist ausserordentlich eng, die Mindeststrafe von 3 Jahren übermässig hoch. Wenn man auch nicht verkennen darf, dass die Tötung auf Verlangen immer die rechtswidrige Tötung bleibt und deshalb regelmässig eine verhältnismässig strenge Strafe erheischt, so lassen sich doch leicht Fälle denken, in denen die Verurteilung zu dreijähriger Gefängnisstrafe unserem Rechtsbewusstsein widerspricht: z. B. der Soldat, der seinen tötlich verletzten Kameraden auf dessen Begehren durch eine mitleidige Kugel erlöst, um ihn den Misshandlungen barbarischer Feinde zu entziehen, wird seinen natürlichen Schauder davor, einem

1. A. M. sind von Liszt: Lehrbuch S. 320 und Binding: Handbuch des Strafrechts S. 721, welche bei irriger Annahme des Verlangens die Vorschriften der §§ 211, 212 R. St. G. B.'s anwenden wollen. Binding hat diese von der gemeinen Meinung mit Recht bekämpfte Auffassung neuerdings in seinem „Grundriss" Bd. II S. 10 bereits aufgegeben.

Freunde auch mit dessen Einwilligung das Leben zu nehmen, vielleicht nur durch das Gefühl einer sittlichen Pflicht, dem Wunsche zu willfahren, überwunden haben, und dies Pflichtbewusstsein muss er nach dem Gesetze durch dreijährige Gefängnisstrafe büssen.

Ferner aber steht die Strafbestimmung des § 216 mit der des § 213 in innerem Widerspruch. § 213 lässt, wenn der Totschläger ohne eigene Schuld durch Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und dadurch auf der Stelle zur That hingerissen war, eine Gefängnisstrafe von 6 Monaten genügen. Nun ist doch wohl das Verlangen des Getöteten ein die unüberlegte Handlung des Thäters mildernder Umstand und steht auch durchaus gleichwertig dem Anreiz dar, welchen etwa eine schwere Beleidigung in der Seele des Thäters erweckt. Es war darum nicht nur an sich ungerechtfertigt, sondern auch inkonsequent, die Tötung auf Verlangen mit mindestens dreijähriger Gefängnisstrafe zu bedrohen.

Daraus, dass das Verlangen des Getöteten zweifellos ein mildernder Umstand in der Beurteilung der That ist, darf jedoch nicht gefolgert werden, dass, wenn die Tötung ohne Ueberlegung geschehen ist, das Verlangen unter Umständen als mildernder Umstand im Sinne des § 213 zu fassen, die That also nach den Vorschriften des § 213 zu beurteilen sei und daher im Mindestmasse nur mit sechs Monaten Gefängnis gestraft zu werden brauchte.[1] Die Bestimmung des § 216 würde dann regelmässig, da das Verlangen, getötet zu werden, wohl stets als mildernder Umstand zu fassen wäre, nur in dem Falle Anwendung finden, dass die Tötung mit Ueberlegung geschehen wäre. Das aber würde praktisch

1. So Thomson: Kritische Notizen zu dem St. G. B. im Gerichtssaale Bd. 30 (1878). S. 90: § 216 kommt bei dem einfachen Totschlage (auf Verlangen) nur dann in Frage, wenn der Richter jenes Verlangen nicht als unter die zunächst zu berücksichtigenden „anderen mildernden Umstände" des § 213 fallend anerkennen sollte.

zu widersinnigen Ergebnissen führen. Wer sich reiflich überlegt, ob er dem Verlangen eines anderen, ihn zu töten, nachgeben solle und sein natürliches Schaudern, einen Menschen zu töten, nur durch die Vorstellung einer moralischen Verpflichtung, des andern Qualen nicht zu verlängern, überwindet, der zeigt einen höheren Grad von sittlichem Gefühl und ist minder strafbar, als wer sich unmittelbar durch das Bitten eines andern, in einem Affekte des Mitleides, zur That fortreissen lässt.

Die Behandlnng des Totschlages auf Verlangen des Getöteten als eines mildernden Umstandes im Sinne des § 213 ist aber auch aus folgendem Grunde unmöglich. Der Gesetzgeber erklärte, indem er im § 216 das Merkmal der Ueberlegung gar nicht erwähnte, dass das Delikt der Tötung auf Verlangen einheitlich geregelt werden und eine Trennung nach diesem Merkmale nicht stattfinden solle.

Eine derartige Annahme stünde schliesslich auch im Widerspruche zu der Geschichte der §§ 213, 216. Erst der Reichstag des Norddeutschen Bundes hat in den Text des § 213 die Worte: „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden," eingefügt. Da sich nun § 216 bereits in dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe befand, so ist unmöglich, dass das Verlangen des Getöteten einen der mildernden Umstände des § 213 bilden sollte.

Ferner aber darf aus § 213 nicht gefolgert werden, dass, wenn neben dem Verlangen des Getöteten noch andere die Tötung mildernde Umstände obgewaltet haben, dann wenigstens — natürlich den Fall der Tötung ohne Ueberlegung vorausgesetzt — die Bestimmung des § 213 Platz greifen müsse.[1] Diese Anschauung beruht vor allem auf

1. So vor allem Binding: Handbuch I S. 468; Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts Bd. II S. 16; Hälschner: das gemeine deutsche Strafrecht Bd. II S. 58; v. Holtzendorff: Handbuch Bd. III S. 447; Oppenhoff: Kommentar zum R. St. G. B. 13. Aufl. 1896 § 216.

dem oben getadelten unbilligen Verhältnisse der Strafmasse des § 213 und § 216 zu einander. Binding erklärt es für unmöglich, dass der § 216, welcher den §§ 211, 212 gegenüber zweifellos den Zweck der Strafmilderung hat, beabsichtigen solle, die Strafe des § 213 zu schärfen. Das beabsichtigte der Gesetzgeber allerdings nicht. Aber der Erfolg trat ein, als der über den Entwurf des Strafgesetzbuches beschliessende Reichstag in den Text des § 213 die Worte „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden" einfügte. Und der Richter darf sich nicht, wie Binding fordert, über den Wortlaut des § 216 hinwegsetzen. Denn, wie schon oben gesagt ist, der § 216 regelt den Fall der Tötung auf Verlangen erschöpfend und schliesst also die Anwendung der Vorschriften des § 213 aus.[1]

§ 7.

Versuch der Tötung eines Einwilligenden.

§ 216 enthält keine Bestimmung, welche den Versuch unter Strafe stellte. Also ist, da die im § 216 mit Strafe bedrohte Handluug ein Vergehen ist, der Versuch dieser Handlung gemäss § 43 Abs. 2 straflos. Darüber ist ein Zweifel gar nicht möglich. Wer freilich[2] die Tötung auf Verlangen als einen Fall des Verbrechens des Mordes bezw. Totschlages ansieht, für den unter Berücksichtigung des in der Handlung enthaltenen mildernden Umstandes eine Vergehensstrafe festgesetzt ist, muss notwendig zu dem Ergebnis kommen, dass auch der Versuch einer Tötuug auf Verlangen strafbar sei. Da jedoch, wie obeu nachgewiesen

1. Ebenso Reichsgericht: Urteil v. 8. II. 96 (E. Bd. 28 S. 200); Olshausen: Kommentar § 216; v. Liszt: Lehrbuch S. 321 Anm. 4

2. Wie Oppenhoff: Kommentar § 216[6]; Hälschner: deutsches Strafrecht Bd. II S. 58; W. H.: Zur Fragestellung bei dem Schwurgericht; in Goltdammer's Archiv Bd. 35 (1887) S. 169.

ist, der Obersatz, dass die Tötung auf Verlangen nicht als selbständiges Delikt aufzufassen sei, unrichtig ist, so lässt sich auch die daraus gefolgerte Entscheidung nicht halten, und ergiebt sich also, wie auch die herrschende Meinung annimmt, dass der Versuch der Tötung auf Verlangen an sich nicht strafbar ist.

Es ist leicht denkbar und auch häufig vorgekommen, dass der Erfolg der Tötung trotz eines darauf gerichteten Willens nicht eingetreten ist, dass der Handelnde vielmehr den seinen Tod Verlangenden bloss verletzt hat. Hier entsteht die Frage, ob der Handelnde, wenn nicht wegen versuchter Tötung, so doch wegen vollendeter Körperverletzung bestraft werden könne.

Es ist nicht zweifelhaft, dass eine auf die Tötung des Verlangenden gerichtete, aber nur bis zur Körperverletzung gediehene Handlung die Thatbestandsmerkmale des § 223, bezw. der §§ 223a, 224 R.-St.-G.-B.'s erfüllt. Der Begriff der Körperverletzung erfordert ausser einer, in den Fällen der §§ 223, 223a, 224 verschieden gearteter Verletzung, Vorsätzlichkeit, d. h. Wollen der Handlung und Voraussicht des Erfolges. Es bedarf keiner Auseinandersetzung, dass die Handlung, welche den Tod zu veranlassen bestimmt war, aber bloss eine Körperverletzung herbeiführte, gewollt war. Denn die Handlung blieb dieselbe, so verschieden sie auch wirkte. Sodann hat der Thäter den Erfolg seines Handelns auch vorausgesehen, trotzdem seine Absicht einzig und allein auf den Erfolg der Tötung ging, und er vielleicht, wenn er das Misslingen vorher gewusst hätte, nicht gehandelt haben würde. Denn einen töten kann man nicht, ohne ihn zu verletzen. Wenn daher jemand den Erfolg der Tötung voraussieht, so muss er notwendig auch die Verletzung voraussehen. Das maius schliesst das minus in sich. Ansonst müsste auch, was offenbar unmöglich ist, der Handelnde als fahrlässiger Urheber der Verletzung gelten.

Es kann also die Bestrafung des bis zu einer Körperverletzung gediehenen Versuchs der Tötung auf Verlangen begrifflich auf Grund des § 223, bezw. der §§ 223a, 224 erfolgen. Indessen widersprechen dem doch andere Momente.

Ebenso wie der Versuch der Tötung auf Verlangen kann auch der Versuch des Mordes oder Totschlages zu einer vollendeten Körperverletzung führen. Der Versuch des Mordes oder Totschlages ist schon als solcher gemäss § 43 R.-St.-G.-B.'s strafbar. Dies gilt auch für den Fall des § 213, trotzdem hier nur Vergehensstrafe angedroht ist. Denn § 213 statuiert bloss die Zulassung mildernder Umstände beim Totschlage, und auch „bei Erweiterung des Strafrahmens wegen mildernder Umstände ist das Höchstmass des erweiterten Strafrahmens für alle Fälle massgebend."[1]

Es könnte also auch hier fraglich werden, welches Gesetz zur Anwendung zu kommen habe, dasjenige, welches den Versuch des Totschlages bedroht, oder das, welches die Körperverletzung unter Strafe stellt. Erwähnenswert ist, dass, wenn die Körperverletzung eine schwere gemäss § 224 war, dem Thäter härtere Strafe, nämlich Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre, droht, als wenn er, das Vorhandensein mildernder Umstände vorausgesetzt, Totschlag vollbracht hätte, in welchem Falle er nur Gefängnis nicht unter sechs Monaten hätte gewärtigen müssen.

Die Antwort auf die Frage ergiebt sich, wenn das Verhältnis beider Strafgesetze zu einander klar erfasst ist.

---

1. So von Liszt: Lehrbuch S. 113. A. M. mit Unrecht Schütze: Lehrbuch S. 384, der im § 213 einen Spezialfall gegenüber § 212 sehen will, bei dem die mildernden Umstände nicht im technischen Sinne zu verstehen seien; ferner H. Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895 S. 32; Voitus: Verbrechen und Vergehen; im Gerichtssaal Bd. 26 (1874) S. 522.

Schon begrifflich ist in jeder Tötung eine Gesundheitsbeschädigung enthalten. Niemand aber wird den Mörder oder Totschläger, vielleicht in idealer Konkurrenz, auch wegen Körperverletzung strafen wollen. Vielmehr beschränkt sich das Verbot der Körperverletzung auf diejenigen Fälle, in denen der Tod nicht gewollt und erreicht war. Um mit Binding (Handbuch S. 355 ff.) zu reden, das Verbot der Körperverletzung ist gegenüber dem Tötungsverbote die subsidiäre Norm, will also nur dann Anwendung finden, falls dieses nicht zur Anwendung gelangt. Da nun aber bei dem Versuche des Mordes oder Totschlages die §§ 211 oder 212 oder 213 Anwendung finden, so darf in diesen Fällen nicht vollendete Körperverletzung, selbst wenn sie mit schwererer Strafe bedroht wäre, angenommen werden.

Was hier von den §§ 211—213 in Beziehung zu den §§ 223 ff. gesagt ist, muss auch für den § 216 gelten. Auch gegenüber dem Verbote der Tötung auf Verlangen ist das Verbot der Körperverletzung die subsidiäre Norm. Daher muss § 216 gegenüber den §§ 223 ff. ausschliesslich Platz greifen.

Nun enthält § 216 keine Vorschrift, welche den Versuch der Tötung auf Verlangen unter Strafe stellte. Also muss, wie bereits erwähnt, der Versuch an sich, da § 216 nur den Thatbestand eines Vergehens enthält, straflos bleiben.

Wenn nun der Versuch zu einer Körperverletzung geführt hat, so könnte man vielleicht, da § 216 bei der Straflosigkeit des Versuches keine Anwendung fände, mit einigem Grunde behaupten, dass in diesem Falle das Verbot der Körperverletzung aus § 223 ff. Platz greife.

Indessen ist dieser Grund nur ein scheinbarer. Denn in Wahrheit findet § 216 Anwendung. Zieht man nämlich aus § 43 Abs. 2 die allgemeine Vorschrift heraus und stell' sie in den Rahmen des § 216, so enthält dieser die Bestimmung: Der Versuch der Tötung auf Verlangen bleibt

straflos. Es wird also, wenn der bis zu einer Körperverletzung gediehene Versuch der Tötung auf Verlangen nicht gestraft wird, nur gemäss der Bestimmung des § 216 gehandelt, und kann daher das Verbot der Körperverletzung nicht Platz greifen.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht vor allem das Reichsgericht.[1] Es nimmt in Uebereinstimmung mit dem oben Gesagten an, dass der Tötungsvorsatz den der Körperverletzung einschliesst, und folgert daraus unmittelbar, dass, wenn der Tötungsversuch zu einer Körperverletzung des die Tötung Verlangenden geführt hat, der Thäter auf Grund der §§ 223 ff. gestraft werden müsse. Denn, wenn ein in den Strafgesetzen vorgesehener Thatbestand in subjektiver und objektiver Hinsicht erfüllt sei, wenn also alle Voraussetzungen gegeben seien, die die bestehende Rechtsnorm für die Bestrafung voraussetze, so müsse letztere beim Mangel entgegenstehender Normen auch eintreten.

Nach dem oben Gesagten ergiebt aber die Verbindung des § 216 mit § 43 Abs. 2 in der That eine solche entgegenstehende Norm.

Wenn das Reichsgericht leugnet, dass der Grundsatz der Absorption der Strafnormen der §§ 223 ff. durch § 216 im vorliegenden Falle Anwendung fände, so ist auch dieses m. E. nicht zutreffend. Denn er gilt nicht blos dann, wenn und soweit eine nach § 216 strafbare Handlung vorliegt, sondern auch schon, wenn nur überhaupt eine durch § 216 geregelte Handlung vorliegt. Und diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn man wiederum die im § 43 Abs. 2 allgemein enthaltene Vorschrift auf § 216 anwendet.

---

1. E. 15 XI 80 (Bd. II S. 442); E. 9 XI 93 (Bd. 24 S. 369), vor allem aber E. 8 II 96 (Bd. 28 S. 200); ferner auch v. Liszt: Lehrbuch S. 321 Anm. 4; v. Holtzendorff: Handbuch Bd. III S. 447.

Dritter Abschnitt.

§ 8.

Beihülfe zum Selbstmord und Tötung des Einwilligenden.

Von den bei einem Selbstmord und bei der Tötung des Einwilligenden beteiligten Personen weist das Verhalten des Selbstmörders einen nur geringen Unterschied von dem des Einwilligenden auf. Die innere Verwandtschaft beider ist unverkennbar. Sie streben beide demselben Ziele nach, nämlich ihrem Tode. Nur sofern sich ihr Wille auf die Art der Erreichung dieses Zieles richtet, zeigt sich eine Verschiedenheit. Der Selbstmörder ist bestrebt, durch eigenes Handeln unmittelbar seinen Tod herbeizuführen. Der Einwilligende vertraut die Erfüllung seiner Absicht der Thätigkeit eines Dritten an. Indessen ist dieser Unterschied nicht so gross, wie es den Anschein hat. Zum Selbstmord reicht auch ein rein passives Verhalten aus. Selbstmörder ist daher, wie bereits oben, S. 7, erwähnt, wer dem Walten einer Naturkraft nicht aus dem Wege geht, z. B. das sinkende Schiff, das brennende Haus nicht verlässt, obwohl die Rettung noch nicht unmöglich war, ferner aber, wer das unbewusste oder doch auf einen anderen Erfolg gerichtete Handeln eines Menschen freiwillig kreuzt, so, wer in die Schusslinie des Jägers sich begiebt, zu dem Zweck, getroffen zu werden.

Aus dem letzteren Beispiele wird besonders klar, wie geringfügig der Unterschied in dem Verhalten des Selbstmörders und dem des in seinen Tod Einwilligenden ist.

Denn für beide macht es nichts aus, ob das Handeln dessen, der ihnen den Tod geben soll, ein bewussstes, auf diesen Erfolg gerichtetes ist oder nicht.[1]

Aus dieser Verwandtschaft folgt, dass der in seine Tötung Einwilligende in genau der gleichen Weise zu behandeln ist wie der Selbstmörder. Er wird daher ebenso wenig wie dieser zu bestrafen sein, selbst wenn die Tötungshandlung missglückt ist.

Das Verhalten des Selbstmörders zeigt dagegen im Verhältnis zu dem des Empfängers der Einwilligung einen tiefgreifenden Unterschied. Der Selbstmörder tötet sich, der Empfänger der Einwilligung einen anderen. Alle die aus dem Zusammenfallen von Thäter und Objekt der That gezogenen höchstpersönlichen Momente, welche für die Behandlung des Selbstmordes bestimmend sind, können daher an sich keine Anwendung auf den finden, welcher einen Einwilligenden tötet. In ganz anderer Weise stellt sich diesem die Handlung dar als dem Selbstmörder. Daher ist eine verschiedene Behandlung des Selbstmordes und der Tötung des Einwilligenden durchaus gerechtfertigt. Andererseits stehen beide Handlungen doch wieder in Konnex und tragen in mancherlei Beziehungen dieselben Züge. Ebenso wenig wie der Selbstmörder sein eigenes Recht, verletzt der Empfänger der Einwilligung durch die Tötungshandlung ein Recht des Einwilligenden. Jener hatte sein Recht auf das Leben durch die That, dieser ausdrücklich durch die Einwilligung aufgegeben. Aber in beiden Fällen bleibt die Verletzung des Staates bestehen.

---

1. Stübel: Ueber den Thatbestand der Verbrechen § 106 S. 134, übertreibt diese Verwandtschaft so weit, dass er auch den in seinen Tod Einwilligenden einen Selbstmörder nennt, was mit dem Begriffe des Selbstmordes unvereinbar ist. Von den aus dieser falschen Bezeichnung gezogenen, völligen unrichtigen Konsequenzen wird später die Rede sein.

Insoweit nun die Frage nach der Verletzung eines bestimmten Rechtes durch eine Handlung für die Strafbarkeit oder Straflosigkeit dieser Handlung von Bedeutung ist, stehen sich Selbstmord und Tötung eines Einwilligenden völlig gleich. Die Antwort auf diese Frage bildet den gemeinsamen Boden für die juristische Behandlung des Selbstmordes und der Tötung des Einwilligenden. Und dieser gemeinsame Boden verleiht auch seinen verschiedenen Hervorbringungen eine gewisse Gleichartigkeit.

In weitere Berührung treten der Selbstmörder und der einen Einwilligenden Tötende dadurch, dass die gleichen Motive, wie sie in dem Selbstmörder wirksam sind, auch für den Empfänger der Einwilligung die Veranlassung seines Handelns werden, so z. B. der Wunsch, Schande zu vermeiden, unerträglichen Schmerzen ein Ende zu bereiten, religiösen Ideen zu dienen etc.[1]

Praktisch tritt diese Verwandtschaft in dem Verhalten des Selbstmörders und des Empfängers der Einwilligung, welche von Köstlin[2] ausdrücklich betont wird, nicht hervor, da die aus jener zuerst erwähnten Verschiedenheit fliessenden Konsequenzen für den Selbstmord Straflosigkeit mit sich geführt haben, während die Tötung eines Einwilligenden eine strafbare Handlung ist. Trotzdem besteht diese Ver-

---

1. Dies Moment übersieht Hess, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts, Sapienter volenti S. 44 Anm. 2, welcher in durchaus unrichtiger Weise den Unterschied zwischen Selbstmord und Tötung des Einwilligenden darin findet, dass das an sich unvernünftige Handeln des Selbstmörders entschuldbar, dagegen des Empfängers der Einwilligung unentschuldbar sei. Die Entschuldbarkeit des Handelns, wenn man überhaupt von einer solchen reden will, liesse sich vielmehr auf beiden Seiten in gleicher Weise finden.

2. Neue Revision der Grundbegriffe S. 685.

wandtschaft, und es ist falsch, sie hinwegzuleugnen, wie dies z. B. Binding[1] thut.

Während aber sein Irrtum praktisch nicht zu besonderen unhaltbaren Konsequenzen führt, ist dies allerdings anders bei denen, welche wie Stübel,[2] Tittmann,[3] Henke[4] die Verwandtschaft zwischen dem einen Einwilligenden Tötenden und dem Selbstmörder soweit übertreiben, dass sie den ersteren als Teilnehmer am Selbstmorde bezeichnen. „Der andere, der den Wunsch des ersten in Erfüllung bringt, macht sich keineswegs des Verbrechens einer Tötung schuldig, sondern bloss des Selbstmordes teilhaftig,“ sagt Stübel ausdrücklich.

Diese Auffassung ist indessen völlig unhaltbar. Wenn der Selbstmord ein Verhalten voraussetzt, durch welches der Getötete selbst bewusst seinen Tod herbeigeführt hat, so liegt ein solches im Falle der Tötung eines Einwilligenden zweifellos nicht vor. Freilich wirkt der Einwilligende dadurch, dass er seine Einwilligung erteilt, mit zu seinem Tode. Er setzt eine Bedingung des eintretenden Erfolges, welche, wie jede andere Bedingung, für den Eintritt des Erfolges notwendig ist, so dass bei ihrem Mangel das angestrebte Ziel nicht erreicht, die Tötung nicht erfolgt wäre. Dennoch aber lässt sich nicht sagen, dass der Einwilligende durch die Erteilung der Einwilligung seinen Tod herbeigeführt hat. Die Einwilligung war vielmehr nur ein Motiv für das Handeln des Empfängers der Einwilligung und gab diesem eine besondere individuelle Färbung. Die Handlung, von welcher es gilt, dass sie den Tod des Einwilligenden herbeigeführt habe, hat einzig und allein der Empfänger

1. Handbuch S. 700 Anm. 18.

2. l. c. S. 134.

3. Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik S. 232.

4. Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. II S. 23.

der Einwilligung begangen. Sein Handeln aber ist ebenso wenig Selbstmord, wie es die Erteilung der Einwilligung seitens des anderen war. Also ist es ganz unbegründet und falsch, den Empfänger der Einwilligung einen Teilnehmer am Selbstmord zu nennen. Es widerspricht aber auch dem Intensitätsverhältnis zwischen der Thätigkeit des letzteren und der des Einwilligenden.

Die Thätigkeit des Empfängers der Einwilligung ist gegenüber der des Einwilligenden die massgebende. Der Einwilligende beteiligt sich in ganz untergeordneter Weise an der Herbeiführung des Erfolges, wenn auch die Erteilung der Einwilligung die unentbehrliche Bedingung für das Zustandekommen des Erfolges war. Man kann darin vielleicht Anstiftung, vielleicht, wenn der andere schon ein „alias facturus" war, psychische Beihülfe sehen. Die für die Beurteilung des Erfolges massgebende Thätigkeit aber war zweifellos und unbedingt die Handlung des Empfängers der Einwilligung, und nur in Anlehnung an sie erhält das Handeln des Einwilligenden überhaupt Inhalt und Bedeutung.

Wenn es hiernach falsch ist, die Tötung des Einwilligenden als Teilnahme am Selbstmord zu charakterisieren, so ist vielmehr das Umgekehrte richtig, dass die Beihülfe zum Selbstmorde regelmässig in engster, innerer Verwandtschaft zu der Tötung des Einwilligenden steht.

Auszugehen ist von dem oben (S. 29) festgestellten Satze, dass Thäterschaft und Beihülfe nur quantitativ, nicht qualitativ von einander verschieden sind, dass also Beihülfe eine Thäterschaft geminderter Intensität ist. Es ist auch bereits nachgewiesen worden (S. 31), dass ausnahmsweise beim Selbstmorde diese Wesensgleichheit des Verhaltens des Thäters mit dem des Gehülfen nicht besteht, dass beider Thätigkeit vielmehr wesensverschieden ist. Nun aber entsteht die Frage, welche Thäterschaft, quantitativ abgeschwächt, die Handlung ergiebt, welche man gemeinhin als Beihülfe zum Selbstmorde bezeichnet, oder, was auf das-

selbe hinausläuft, welcher Art die Thäterschaft ist, die durch Steigerung der Beihülfethätigkeit beim Selbstmorde entsteht. Die Antwort wird sich an der Hand eines Beispieles von selbst ergeben. Nehmen wir folgenden Fall: A will sich durch Erhängen töten. B liefert ihm den Strick oder schlägt den Nagel ein, an welchem der Strick befestigt wird. Hier wird B Gehülfe zum Selbstmorde des A sein. Eine Steigerung der Intensität seiner Teilnahme am Selbstmorde würde es sein, wenn B dem A die Schlinge um den Hals legte. Aber auch hier liesse sich allenfalls seine Thätigkeit noch als Beihülfe bezeichnen. Geht B aber noch einen Schritt weiter, zieht er vielleicht den A an dem Strick in die Höhe, so verliert seine Thätigkeit den Charakter der Beihülfe und wird zur Thäterschaft. Dann ist aber B naturgemäss nicht Selbstmörder; denn nicht er, sondern A erleidet den Tod, vielmehr begeht er die Tötung eines anderen, und zwar, da A seine, des B, Handlungsweise gutgeheissen hat, Tötung eines Einwilligenden. Damit ist die oben gestellte Frage beantwortet: Beihülfe zum Selbstmorde, ihrer Intensität nach gesteigert, wird zur Tötung des Einwilligenden.

Umgekehrt aber wird aus der Tötung des Einwilligenden durch Minderung der Thätigkeit des Handelnden ihrer Intensität nach Beihülfe zum Selbstmorde. Wenn A den B auf dessen Wunsch mit dem Schwerte durchbohrt, begeht er Tötung des Einwilligenden; ebenso wohl auch dann, wenn er das Schwert hält, in welches sich B. stürzt. Wenn A dagegen dem B das Schwert blos verschafft, so ist aus der Tötung des Einwilligenden Beihülfe zum Selbstmord geworden.

Damit ist die Verwandtschaft der Tötung des Einwilligenden und der Beihülfe zum Selbstmorde nachgewiesen. Sie sind verwandt, wie es überhaupt Thäterschaft und Beihülfe sind. Für die Beihülfe zum Selbstmorde gilt daher auch alles, was für die Tötung des Einwilligenden entwickelt ist. Daraus folgt, dass die Beihülfe zum Selbstmorde nach dem Gesetze, welches auf die Tötung des Einwilligenden

Anwendung findet, gestraft werden muss, nur milder als diese. Freilich wäre dazu, wie oben gezeigt worden ist, eine besondere gesetzliche Bestimmung erforderlich.

Den Gehülfen zum Selbstmorde straflos zu lassen, weil er zu einer straflosen Haupthandlung Beihülfe geleistet hat, ist gerade so falsch, als wenn man den in seine Tötung Einwilligenden, der zu der Handlung des Empfängers der Einwilligung, z. B. durch Verschaffen der Werkzeuge, Beihülfe geleistet hat, wegen Beihülfe zur Tötung des Einwilligenden strafen wollte, da ja die Haupthandlung eine an sich strafbare sei. Geschehen ist das freilich noch nie, und doch entspräche es in derselben Weise dem Wortlaut des Gesetzes, als die Straflosigkeit der Beihülfe zum Selbstmorde dem Wortlaut des § 49 R.-St.-G.-B.s entspricht. Denn wenn die Tötung des Einwilligenden eine strafbare Handlung ist, so müsste auch gemäss § 49 der Gehülfe bestraft werden.

Wenn nun die Handlung bloss bis zu einem Versuche gediehen ist, dieser aber, wie das Reichsgericht annimmt, als vollendete Körperverletzung strafbar ist, so müsste es nach dem strikten Wortlaute des Gesetzes auch die Einwilligung selbst sein, welche zu dem Versuche Beihülfe geleistet hat. Wenn aber dieses nie geschehen und nie gefordert ist, so erscheint es inconcinn, bei der Straflosigkeit der Beihülfe zum Selbstmorde zu verharren.

Im Vorigen ist davon ausgegangen, dass der Selbstmörder die Teilnahmethätigkeit des Gehülfen gekannt und gebilligt hat. Denkbar ist aber auch, dass, wie jede Beihülfe, so auch die Beihülfe zum Selbstmorde ohne Wissen und Wollen des Thäters geleistet wird, so, wenn der Gehülfe z. B. die Waffe bereitlegt, welche der Selbstmörder dann benutzt, doch ohne in dessen Auftrage und mit dessen Willen gehandelt zu haben. Hätte der Selbstmörder die Person des Gehülfen gekannt, würde er mit dessen Teilnahme vielleicht sehr wenig einverstanden gewesen sein, sie

nicht gebilligt haben; vielleicht auch hätte er, durch die Person des Gehülfen stutzig gemacht, den Selbstmord ganz unterlassen. Hier kann also die Beihülfe zum Selbstmord nicht mit der Tötung des Einwilligenden verwandt sein, da eine Einwilligung zu der Gehülfenhandlung gar nicht vorlag. Steigert man nun die Intensität der Gehülfenhandlung, so kommt man in diesem Falle auch nicht zur Tötung des Einwilligenden, sondern zu den gewöhnlichen Tötungsdelikten Mord oder Totschlag. Dass der Selbstmörder eventuell, wenn er das Vorhaben des anderen gekannt hätte, seine Einwilligung dazu erteilt hätte, ist ebenso unwesentlich, als es beim Morde darauf ankommt, ob der Gemordete vielleicht die Einwilligung zu seiner Tötung erteilt hätte, wenn ihm der Vorsatz des Mörders zu Ohren gekommen wäre. Wer daher dem Selbstmörder ohne dessen Wissen und Wollen Beihülfe leistet, der ist nicht nach Analogie der Vorschriften über die Tötung des Einwilligenden, sondern über die gewöhnlichen Tötungsdelikte Mord und Totschlag zu beurteilen.

Dieses Ergebnis erscheint vielleicht auffallend. Ein Beweis seiner Richtigkeit aber ist, dass Mord oder Totschlag, ihrer Intensität nach gemildert, zur Beihülfe zum Selbstmorde werden können.

Wenn A z. B. den B in das Wasser wirft, um ihn zu töten, so ist er Mörder oder Totschläger. Schwächt man nun die Intensität seines Thätigwerdens ab, z. B. in der Weise, dass er dem von einem Dritten ins Wasser geworfenen B die Rettung unmöglich macht, so ist er Gehülfe zur Tötung. So leistet A Beihülfe zum Tode auch, wenn er einen Dritten verhindert, den B zu retten. Diese Beihülfethätigkeit bleibt aber an sich dieselbe, ob B in das Wasser geworfen oder durch einen Unfall hineingestürzt oder freiwillig in selbstmörderischer Absicht hineingesprungen ist. Wenn nun in letzterem Falle B von der Beihülfethätigkeit des A nichts wusste, also seine Einwilligung nicht erteilt

hatte, so ist aus dem Morde oder Totschlag durch Minderung der Intensität des Handelns Beihülfe zum Selbstmorde geworden. Und damit ist auch dargethan, dass in diesem Falle die Beihülfe zum Selbstmord nach Analogie der Vorschriften über Mord und Totschlag zu beurteilen ist.

Freilich ist für die Bemessung der Strafe bedeutungsvoll, dass ein geringerer Grad verbrecherischer Energie dazu gehört, einem Selbstmörder Beihülfe zu leisten, als einem gewöhnlichen Mörder, und dass der Gehülfe in den meisten Fällen die Einwilligung wohl als sicher angenommen hat. Demgemäss würde es sich empfehlen, den Rahmen der auf Beihülfe zum Selbstmord zu setzenden Strafe weit zu fassen, damit der Richter bei Abmessung der Strafe der Verschiedenartigkeit der Beihülfe in den einzelnen Fällen Rechnung tragen kann.

Im Gegensatz zu dem Obigen treten einzelne Schriftsteller für eine scharfe Scheidung von Tötung des Einwilligenden und Beihülfe zum Selbstmord ein, indem sie dabei, wie vorauszusetzen, nur an den Hauptfall einer mit Wissen und Wollen des Selbstmörders geleisteten Beihülfe denken, so von Wächter,[1] Mittermaier,[2] Wessely.[3] Indessen begründen sie ihren Standpunkt in unzureichender Weise. Sie führen lediglich an, dass der einen Einwilligenden Tötende sich unmittelbar gegen eine fremde Person richtet, während der Gehülfe zum Selbstmorde ein Handeln unterstützt, welches gegen den Handelnden selbst gerichtet ist. Dieser Unterschied ist selbstverständlich und auch niemals bestritten worden; auf ihn allein aber lässt sich jene Ansicht der genannten Schriftsteller nicht stützen.

1. Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgeg. von O. v. Wächter S. 186.

2. Die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden; in Goltdammer's Archiv Bd. 9 S. 438.

3. Ueber die Wirkung der Einwilligung, in Haimerl's österreichischer Vierteljahrsschrift Bd. I S. 242.

Von anderer Seite ist denn auch die grundsätzliche Wesensgleichheit der Beihülfe zum Selbstmord und der Tötung des Einwilligenden ausdrücklich anerkannt worden, so von Schütze,[1] Lion,[2] Garrisson.[3] Auch das A. L. R. (T II Tit. 20 § 834) bedroht mit gleicher Strafe die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden.

---

1. Die notwendige Teilnahme S. 292.

2. Ist Beihülfe zum Selbstmorde strafbar? in Goltdammer's Archiv Bd. 6 S. 405.

3. Le Suicide en Droit Romain et en Droit Français. Toulouse 1883 S. 143. Interessant ist, dass Garrisson unter complicité sowohl die Handlung dessen begreift „quiconque donne la mort à une persone, qui le demande“, als auch dessen, welcher „l'aide à se suicider.“

Inhalt.

Druck von E. Ebering, Berlin W

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft III.

Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chikane) nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Dr. Rudolf Blümner.



Berlin 1900.

Die Lehre vom

böswilligen Rechtsmissbrauch

(Chikane)

nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. Rudolf Blümner.



Berlin 1900.
Verlag von E. Ebering.

Meinen lieben Eltern.

§ 1. Einleitung.

Rechte im subjektiven Sinne sind da, um ausgeübt zu werden.[1] Das positive Recht kennt jedoch zahlreiche Umstände, welche die Ausübung eines subjektiven Rechts[2] sei es vorübergehend oder dauernd[3], hemmen, ohne das Dasein des subjektiven Rechts selbst in Frage zu stellen. Jene Umstände und ihre inneren Gründe sind sehr verschiedener Art. Immer aber liegt ein Moment vor, welches den Gesetzgeber veranlasst, unter Umständen das, was er auf der einen Seite zulässt, auf der anderen zu verbieten; denn nicht nur für den, der das Recht anwendet, sondern schon für den Gesetzgeber gilt das: summum jus summa injuria. Jenes Moment liegt beispielsweise bei der Verjährung in der Zeit und deren Einfluss.[4] Das Gesetz selbst

1. Der Begriff der Rechtsausübung soll später erörtert werden, s. u. § 12.

2. Dieser kürzere Ausdruck sei hier gestattet, als richtig ist er nicht gedacht.

3. In welchem Falle aber das subjektive Recht selbst keineswegs, wie Regelsberger, Pand. S. 229 meint, immer erlischt; vergl. § 194 B. G. B., wonach zwar der Anspruch, nicht aber das Recht infolge der Verjährung erlischt.

4. Insbesondere kommt in Betracht der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit mit Rücksicht darauf, dass wegen der Länge der Zeit die Rechtsbegründung in die Ungewissheit und die Unfähigkeit bewiesen zu werden gerückt wird. Beides fasst zusammen Cicero pro Caecina cap. 26,74, wenn er die usucapio „finis sillicitudinis

erklärt die Ausübung eines Rechts nach gewisser Zeit für unzulässig, obgleich das Recht dazu da ist, ausgeübt zu werden. Obgleich, nein, gerade, weil es da ist, um ausgeübt zu werden. Denn es soll in menschlich absehbarer Zeit verwirklicht werden. Wäre ein Gesetz erlassen, welches die Rechte für unverjährbar erklärt, so wäre eine solche Norm wohl eine Totgeburt. Das Gesetz würde sich hiermit etwas anmassen, was ausserhalb seines Machtbereiches liegt; es würde vergessen, dass subjektive Rechte mit der Zeit verblassen, sich im Sande verlaufen und mit den Thatsachen in Widerspruch treten. Dass dergleichen dennoch vorkommt, beweist das preussische Landrecht, welches grundsätzlich kein Gewohnheitsrecht anerkennt, mag auch die Bildung eines Rechtssatzes durch Gewohnheitsrecht vollendete Thatsache sein.

Ein anderer Fall für die Hemmung der Rechtsausübung ist die Kollision der Rechte, wenn sich mehrere nebeneinander bestehende Rechte nicht verwirklichen lassen, wie Eigentum und Servitut, Verkauf derselben Sache an Mehrere, Konkursforderungen. In diesen Fällen tritt die rein physische Unmöglichkeit der Rechtsausübung hemmend entgegen, da die Ausübung des einen Rechts die Ausübung des anderen ganz oder teilweise unmöglich macht. Auch hier liegt ein Widerspruch zwischen dem Recht und den Thatsachen vor; das Recht muss daher auf dessen Beseitigung bedacht sein, es muss bestimmen, wo derjenige bleibt, welcher sein Recht nicht verwirklichen kann. — Auch die Unmöglichkeit einer Leistung infolge Untergangs des Objekts oder aus anderen Gründen bildet einen Fall des Widerspruchs zwischen subjektivem Recht und That-

ac periculi litium" nennt, während der Ausspruch Papinians in l. 2 § 1 D. ne de statu def. 40,15, in der Verjährung der Statusklage liege eine „publica tutela", auf jedes Rechtsinstitut Anwendung finden kann.

sache. In all diesen Fällen muss sich das objektive Recht selbst korrigieren, um zu verhindern, dass die subjektiven Rechte mit den Thatsachen in Widerstreit geraten; es thut dies, indem es die Rechtssätze über die Verjährung, über die Kollision der Rechte u. s. f. aufstellt.

Eine, weil es sich um grössere Schwierigkeiten handelt, erheblich wichtigere Bedeutung kommt dem Widerspruche zu, der zwischen dem Rechte und der Sitte, Sittlichkeit, Moral bestehen kann. Recht und Sitte sind in ihren Triebfedern, ihrem Wesen, ihren Zwecken und Mitteln grundverschieden. Gleichwohl sollen Handlungen, welche die Sitte oder Sittlichkeit gebietet, nicht mit der Rechtsordnung in Widerspruch stehen. Wo es doch der Fall ist, liegt offenbar ein Uebelstand vor. Das bekannteste Beispiel hierfür ist das Duell; die Sitte gewisser Stände und Gesellschaftskreise fordert es, das Gesetz verbietet es. Ein anderes Beispiel kann der Zeugenzwang liefern: die Sitte kann von einem Ehrenmann verlangen zu schweigen, das Gesetz verlangt seine Aussage und sucht sie zu erzwingen. Zahlreiche andere Beispiele lassen sich finden. Aber dennoch bleibt es dabei, dass die Moral nicht das Recht und das Recht nicht die Moral zu verwirklichen hat. Wenn diese dem reichen Manne vorschreibt, die paar Pfennige, die ihm ein Armer schuldet, nicht beizutreiben, oder vom Inhaber eines grossen Waarenhauses erwartet, dass er wegen einer unbedeutenden Abweichung von der Vereinbarung dem kleinen Lieferanten gegenüber nicht die Annahme der Waare verweigern soll[1], so liegt doch auf der Hand, dass der Inhalt solcher Moralforderungen nicht zum Rechtsinhalt erhoben werden kann. Auf die mannigfachen Gründe hierfür einzugehen, ist hier nicht der Ort. Aber auf einen offen

1. Ein solcher Fall soll sich kürzlich ereignet und viel Entrüstung hervorgerufen haben.

hervortretenden Grund sei hingewiesen: die Schwierigkeit der Grenzfeststellung. Die Moral ist ein weiter, dehnbarer Begriff; das Recht aber soll genau sein, sonst verliert das Volk sein Zutrauen zum Recht. Aber diese Starrheit des Rechts verlangt Milderungen. Die Erscheinungen des Lebens sind so mannigfaltig, dass das Gesetz nicht für alle Fälle Normen aufstellen kann. Es muss durch allgemeine Klauseln den Richter anweisen, abweichende Fälle anders zu beurteilen. Hierunter ist vor allem die Berücksichtigung von Treu und Glauben zu verstehen, ferner das Verbot unsittlicher Verträge. Das Gesetz sagt: Was ihr vereinbart, soll Recht sein, aber es soll nicht mit der Moral in Widerspruch stehen. Der Ton ruht auf der Verneinung und wir haben hiermit einen wesentlichen Unterschied zwischen Moral und Recht. Jene gebietet das Gute und verbietet das Böse. Das Recht gebietet nirgends unmittelbar das Gute, es verfolgt andere Zwecke. Infolgedessen muss es, um die Widersprüche mit der Moral zu vermeiden, vielfach das Böse verbieten und sich mit Rücksicht auf die Moral selbst einschränken. Aus diesem Grunde versagt es bisweilen einem im übrigen nach seinen Normen zu Stande gekommenen Thatbestande die Anerkennung. Aber genügt dies? Ist nicht auch denkbar, dass ein Recht, welches entstanden war, ohne im geringsten mit der Moral in Widerspruch zu treten, nachträglich in Gegensatz zu ihr tritt? Keinesfalls im Zustande der Ruhe, denn wenn es sich zur Zeit seiner Entstehung mit der Moral vertrug, kann es nicht nachträglich absolut unsittlich werden.[1] Wohl aber relativ, wenn es nämlich missbraucht wird, wenn es also ausgeübt wird, nicht um seinen Zweck zu erfüllen, wenn es vielmehr dem Ausübenden lediglich darum zu thun ist, den Nachteil, der implicite in der an sich ordnungs-

1. Es sei denn auf Grund eines Gesetzes mit rückwirkender Kraft.

mässigen Ausübung eines Rechts für einen Anderen enthalten ist,[1] diesem zuzufügen. Man kann sich freilich zunächst fragen, ob ein solcher Fall überhaupt denkbar ist, ob nicht vielmehr (insbesondere, wenn man sich auf den von Ihering, Kampf ums Recht, verteidigten Standpunkt stellt) die Durchführung des Rechts niemals ausschliesslich jenen Zweck haben könne, einem Anderen zu schaden, weil die Ausübung und gerichtliche Verfolgung des Rechts die sittliche Pflicht des Berechtigten sei. Aber diese Bedenken sind nicht gerechtfertigt, und sie verstehen die Iheringsche Lehre falsch. Denn nur da soll nach Ihering die Durchführung und Verfolgung des Rechts sittlich geboten sein, wo das Recht verletzt ist; wo also der Zweck der Rechtsverfolgung gerade in der Herbeiführung seines Inhalts und nicht ausserhalb derselben liegt. Jene Fälle, wo ausschliesslich ein solcher ausserhalb der eigentlichen Rechtsbestimmung liegender Erfolg, die Kränkung eines Anderen, herbeigeführt werden soll, sind wohl denkbar. Ein zwar an sich mit der Moral nicht im Widerspruch stehendes Recht kann durch diese missbräuchliche Ausübung mit ihr in Widerspruch treten.

Dass die Ausübung eines Rechts einem Anderen Nachteil bringt, ist bei vielen, nicht bei allen Rechten der Fall. Aber es ist kein Nachteil, Schaden im juristischen Sinne, welcher zu Schadensersatz verpflichtet, vielmehr nur Schaden im ökonomischen Sinne (z. B. wenn der Bürge zahlen muss; aber auch der Käufer erleidet, wenn er den Preis zahlt, in gewissem Sinne einen Vermögens-

1. Der Schaden, welchen ein aufs Ganze belangter Korrealschuldner erleidet, bildet seine eigentlichste Verpflichtung, die Herbeiführung dieses Schadens das beste Recht des Gläubigers. Einer Stützung dieses Rechts durch den Satz: qui suo jure utitur, neminem laedit (Unger, System I S. 615 Anm. 14) bedarf es daher nicht; es liegt auch nicht der Schimmer eines Unrechts vor. Vergl. unten § 13.

nachteil) oder in ideellem Sinne (es werden z. B. im Ehescheidungsprozesse die Kinder dem Vater zugesprochen, was die Mutter als Nachteil empfinden kann). Dieser Nachteil, welchen die Ausübung eines Rechts für einen Anderen mit sich bringt, bleibt also Recht, solange nicht gerade diese Benachteiligung, weil sie das unter Ausschliessung eines jeden anderen Zieles Gewollte ist, für unzulässig erklärt wird. Es ist aber zu beachten, dass niemals dieser Nachteil selbst etwas mit der Moral in Widerspruch stehendes zu sein braucht. Das Unsittliche liegt vielmehr darin, dass der Nachteil auf Grund des regelmässig mit staatlicher Macht ausgerüsteten Rechts herbeigeführt wird. Der Gesetzgeber steht vor der Aufgabe: Soll ich diesem böswilligen Rechtsmissbrauch[1] entgegentreten, und wie soll ich ihn bekämpfen? Die folgende Untersuchung wird sich damit beschäftigen, wie sich das römische Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch zu diesen Fragen stellen.

Man könnte erwarten, dass dieser Untersuchung eine eingehende Erörterung über den Begriff und die Formen des böswilligen Rechtsmissbrauches (Chikane) vorausgehen müsse. Ich ziehe es jedoch vor, den Begriff später, bei Besprechung der Chikane nach dem Rechte des B. G. B. zu behandeln. Zur Bezeichnung des Gegenstandes der Untersuchung mag das bisher Ausgeführte genügen.

---

1. Dieser Ausdruck ist herkömmlich und enthält nicht, wie man wohl meinen könnte, einen Pleonasmus; man kann z. B. ein Recht auch lediglich zum eigenen Vorteil missbrauchen, etwa um ein Gesetz zu umgehen.

I. Chikanöse Rechtsausübung nach gemeinem Recht.[1]

§ 2.

Qui jure suo utitur, neminem laedit.

Die römischen Juristen sprechen mehrfach den auf den ersten Blick als selbstverständlich erscheinenden Satz aus, dass, wer ein Recht hat, es ausüben kann, mag auch ein Anderer dadurch zu Schaden kommen. Die Quellen enthalten ihn teils in allgemeiner Form, teils in Anwendungsfällen. Es ist von Interesse, sich diese Stellen näher anzusehen, um den Gesichtspunkt kennen zu lernen, von welchem die Quellen ausgehen. Wir werden dabei gleichzeitig die Wahrnehmung machen, dass jener Satz in der gemeinrechtlichen Lehre verschiedenen Stellen zugeschrieben wird, welche in der That nichts mit ihm zu thun haben.

Bekannt ist die Parömie: „Qui jure suo utitur, neminem laedit" oder „nemini facit injuriam". Ebenso bekannt ist, dass diese Parömie in dieser Form nicht quellenmässig ist. Der Satz beruht auf verschiedenen Quellenstellen, nämlich l. 55 D. de div. reg. jur. 50, 17 Gajus: Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur; l. 151 eod. Paulus: Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet; endlich l. 155 eod. Paulus: Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur.

Man sieht sofort, dass jene Parömie in der Form „neminem laedit" etwas durchaus anderes sagt, als diese Quellenstellen, während sie in der Form „nemini facit injuriam" den Kern derselben trifft. Denn dass jemand, der sein Recht ausübt, „Niemanden verletzt", sagen die ge-

1. Es scheint mir zweckdienlicher, erst nach der eigenen Quellenuntersuchung einen historischen Ueberblick über die Lehre zu geben, da alsdann die Grundlage für eine Kritik dieser Lehre gegeben ist. Dies gilt nicht für die im Laufe der Darstellung zu berücksichtigenden Autoren.

nannten Stellen nicht; es wäre auch widersinnig; sie setzen ja gerade eine Läsion, eine Verletzung, einen Nachteil, welcher durch Rechtsausübung bewirkt ist, voraus. Nur verneinen sie, dass der Nachteil durch dolus herbeigeführt sei, bezw. sich als damnum (d. h. injuria datum), oder als durch vis hervorgerufen darstelle. Man sieht den Stellen an, dass es den Juristen nicht darum zu thun war, eine allgemeine Rechtsregel aufzustellen, als welche sich jene Sätze in der Justinianischen Kompilation, aus dem Zusammenhange gerissen, darstellen. Gajus warf offenbar die Frage auf, ob in einem bestimmten Falle dolus vorlag,[1] und er verneint die Frage mit einem kurzen Hinweis darauf, dass ja der Handelnde ein Recht ausübe, also nicht dolos handeln könne. Vermutlich trug der zu behandelnde Thatbestand prima facie den Charakter einer rechtswidrigen Handlung, es fragte sich nur noch, ob der Handelnde eine rechtswidrige Absicht gehabt hatte, und der Jurist verneinte sie, weil das Recht des Handelnden dagegen sprach. Es handelt sich also um eine einfache Rechtsvermutung: Wer auf Grund eines Rechts handelt, hat die Vermutung für sich, dass er ohne dolus handelt. Einfach ist diese Vermutung, weil der Gegenbeweis des dolus erbracht und freilich damit das subjektive Recht verneint werden konnte.[2]

1. Es handelt sich um Erläuterung des Ediks „si quis omissa causa testamenti; s. Lenel, Paling. Gajus fr. 13.

2. Rewoldt bei Gruchot Bd. 24, S. 679 meint, der besprochene Satz könne zweierlei bedeuten: 1. Faktischer Dolus wird rechtlich nicht als dolus angesehen. Dieser Satz ohne Zusammenhang hätte doch gar keinen Sinn; es müsste mindestens ein Fall vorliegen, in welchem diese Fiktion (bei Rechtausübung gilt dolus nicht als dolus) Platz greifen soll. 2. Die Präsumtion spricht gegen den Dolus, er könne aber nachgewiesen werden. R. versteht dies dann so, dass bei der Rechtsausübung ein rechtswirksamer Dolus zugelassen sei und man dann sagen könne, eine dolose Rechtsausübung sei injuriös, gegen welche sich das Verbot der Chikane richte. Zunächst ist zu bemerken, dass R. diese zweite Auffassung, namentlich in ihrer Konsequenz des Chikaneverbots bekämpft, ohne deutlich zu erklären, ob

Ebenso sagt Ulpian in l. 3 § 2 D. de hom. lib. exhib. 43, 29: Is tamen qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere, qui suo jure utitur. Es fragt sich, ob Jemand verpflichtet ist, einen Freien, den er in der Potestas hat, herauszugeben. Der Befehl des Praetor lautete (l. 1 pr. eod.): „Quem liberum dolo malo retines exhibeas." Es fehlt also im genannten Falle der Begriff der Rechtswidrigkeit, ein ausdrücklich aufgestelltes Merkmal. In der That ist also jener Nebensatz: quia dolo malo u. s. f. mehr als eine blosse Präsumtion, deren Form er hat. Daher ist die Ausdrucksweise in l. 2 § 18 D. vi bonorum raptorum 47, 8 besser: Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. Also dolus malus gehört zum Thatbestande. Si quis igitur suam rem rapuit, aeque hac actione non tenebitur, ... Wer seine eigene Sache nimmt, handelt also nicht dolos. Wie aber, wenn man nur glaubt, eine fremde Sache zu rauben? Diese sowie die zuvor erwähnte Stelle gehen natürlich von der Annahme aus, dass der Handelnde sein Recht kennt. Hält er sich für unberechtigt, so ist von einem jure uti nicht mehr die Rede und dolus malus wohl denkbar. Ja, gerade dieser dolus malus ist alsdann die Ursache, dass von einem jure uti nicht mehr die Rede sein kann. Dolus malus und Rechtsausübung sind sich ausschliessende Gegensätze.

In ähnlicher Weise verneint (l. 51 pr. D. pro socio 17, 2) Ulpian, dass ein furtum vorliege, „quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur: et sane plerumque credendum est

---

er sich nun für die erste Deutung entscheide. Davon abgesehen, ist die zweite Auffassung aus anderen Gründen unzutreffend: Wenn jener Satz eine Präsumtion ist, so heisst dies eben: die Rechtsausübung spricht gegen den Dolus; dieser kann aber nachgewiesen werden (so auch R.). Aber R. übersieht, dass sich alsdann herausstellt, dass nicht ein jus, sondern injuria vorlag, der Handelnde nicht in Rechtsausübung war. Dolose Rechtsausübung ist eben einmal eine contradictio in adjecto.

eum, qui partis dominus est, jure potius suo re uti quam furti consilium inire.“ Auch hier fehlt das Begriffsmerkmal des dolus. Mit ihm verträgt sich das jure uti nicht. Ebenso entscheidet Ulpian in l. 13 § 1 D. de injur. 47, 10. Is qui jure publico utitur non videtur injuriae faciendae causa hoc facere, juris enim executio non habet injuriam. Und ähnlich äussert sich Paulus in l. 33 eod. — Es handelt sich in allen diesen Fällen um den Widerspruch zwischen juris executio und injuria: beide vertragen sich nicht miteinander. Wenn daher Pernice Labeo II,1 S. 49 sagt: „Die Ausübung eines eigenen Rechts spricht entschieden gegen das Dasein einer böswilligen Absicht“ und „der animus delinquendi wird also (bis auf weiteres) nicht als vorhanden angenommen,“ so scheint mir dies nur für jenen allgemeinen Satz: Nullus videtur u. s. f. zuzutreffen, der sich in seiner abstrakten Form allerdings als eine einfache Rechtsvermutung darstellt, d. h. den Gegenbeweis, es liege dennoch dolus und folglich keine juris executio vor, offen lässt. Anders aber die übrigen Stellen: Hier spricht nicht nur die Rechtsausübung gegen das Dasein einer böswilligen Absicht, sondern die feststehende Thatsache der Rechtsausübung schliesst die böswillige Absicht geradezu aus. Und der animus delinquendi wird nicht nur bis auf weiteres, sondern definitiv nicht angenommen. Von einem Gegenbeweise des dolus kann gar keine Rede sein, solange feststeht, dass der Handelnde sich im Zustande der Rechtsausübung befunden hat.

In der oben genannten l. 151 D. 50, 17 sprach Paulus offenbar vom damnum; es fragte sich, ob in einem gegebenen Falle ein solches vorlag, natürlich ein rechtswidriges, zu Schadenersatz verpflichtendes. Und ebenso handelte es sich in der l. 155 § 1 eod. darum, ob die Merkmale der vis gegeben seien. Damnum und vis werden verneint, weil der Handelnde sich in Rechtsausübung befand.

Also verneinen die Quellen bald die Rechtswidrigkeit auf Grund des mangelnden dolus, bald auf Grund des mangelnden damnum?[1]

Die bisher betrachteten Quellenstellen, sowie andere, die wir noch in diesem Zusammenhange werden kennen lernen, behandeln Delikte oder deliktsähnliche Thatbestände, an denen Sätze der römischen Deliktslehre entwickelt werden. Sie ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Ich nehme als ausgemacht an, dass das römische Recht einmal verlangt, dass der Handelnde einen Schaden widerrechtlich, d. h. durch Handeln, welches im Gegensatz zum Recht steht, dolos ist, verursacht hat[2], und ferner, dass jeweilen ein des näheren vom Gesetze vorgeschriebener Thatbestand erfüllt ist. Folgerichtig muss das Vorhandensein eines Delikts in all den Fällen verneint werden, in welchen der Dolus, die rechtswidrige Absicht fehlt, also in subjektiver Hinsicht keine Injuria vorliegt. Dies ist da der Fall, wo ein Recht zum Handeln vorliegt; wer ein Recht ausübt, kann eben kein Unrecht wollen. Das sagen jene Quellenstellen, wo der Dolus unter Hinweis auf ein bestehendes Recht des Thäters verneint wird. Ebenso schliesst in l. 3 § 7 D. de incend. 47, 9 Ulpian aus dem Thatbestande direkt auf den mangelnden Dolus, weil der Thatbestand sich als Notstand darstelle. Dasselbe aber sagen jene Stellen, welche das Dasein des Delikts direkt verneinen, indem sie auf das Recht hinweisen. Sie erwähnen also blos den Grund nicht zweimal, wie dies der Fall wäre, wenn sie auch noch auf den mangelnden Dolus hinwiesen. Sie sagen einfach: es

1. Pernice Labeo II, S. 48.

2. Also in subjektiver Hinsicht injuria vorliegt; vgl. Ulpian in l. 1 pr. D. de injur. 47,10: omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur.

ist ein Recht vorhanden, also liegt kein Unrecht (nämlich das gerade in Frage stehende Delikt) vor.[1]

So verneinen die Juristen an zahlreichen anderen Stellen das Dasein eines Delikts unter Hinweis auf das Recht, regelmässig vom Dasein des Rechts, oder genau gesagt, der Rechtsausübung auf die Abwesenheit des Dolus schliessend, wobei sie jedoch dies nicht ausdrücklich aussprechen, sondern direkt das Delikt verneinen. Hierzu gehört l. 4 D. ad leg. Aqu. 9, 2, wo erlaubt wird, den angreifenden Räuber in Notwehr zu töten; l. 5 § 1 eod., sowie l. 45 § 4 eod.: vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. Ferner l. 30 pr. eod., wo es für zulässig erklärt wird, den adulterum servum alienum zu töten; l. 49 § 1 eod., l. 29 § 7 eod., l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24, l. 9. D. ad leg. Corn. 48, 8, wo erlaubt wird, den nächtlichen Dieb zu töten; l. 3 § 1 D. quod metus c. 4, 2; l. 23 pr. D. de aqua 39, 3, — in allen diesen Stellen wird das Bestehen eines bestimmten Deliktes oder deliktsähnlichen Thatbestandes unter Hinweis auf die Rechtsausübung verneint.

1. Die Frage, ob die besprochenen Stellen das Faustrecht decken, welche Wendt, Faustrecht in Iherings Jahrb. Bd. 21, N. 2, S. 67 ff. behandelt, würde hier zu weit führen. Wendt S. 68 bejaht sie. Die Vorschrift des „neminem laedere" sei noch nicht übertreten, wenn das Recht und sein Genuss erzwungen und erkämpft worden sei. — Aber abgesehen davon, dass der Satz: qui suo jure utitur, neminem laedit, nicht nur nicht quellenmässig, sondern falsch ist, ist die Frage eine ganz andere. Wer seine eigene Sache an sich nimmt (l. 56 (55) D. de furtis 47,2) begeht lediglich kein furtum. Das Dasein speziell dieses Delikts wird verneint. Ob darin eine erlaubte oder unerlaubte Selbsthülfe zu erblicken sei, steht auf einer anderen Seite. Und ferner, wenn gar kein Recht ausgeübt wird, z. B. „si rem sibi obligatam aufert"? „debebit teneri" (l. 2 § 18 D. 47,8). Hier versagen jene Sätze völlig, denn der Handelnde hatte noch gar kein Recht an der Sache.

In anderem Lichte erscheinen jedoch zahlreiche Quellenstellen, die man gewöhnlich als Belegstellen für den Satz anführt: Rechtsausübung verpflichtet nie zu Schadensersatz, die jedoch bei näherer Betrachtung einen anderen Gesichtspunkt erkennen lassen.

Hierzu gehört vor allem l. 9 D. de servit. praed. urb. 8, 2 Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. Wenn jemand durch Höherbauen dem Gebäude seines Nachbars Licht entzieht, hat der Nachbar, falls seinem Grundstück keine Servitut zusteht (altius non tollendi), keine Klage. Welche Klage hat er nicht? Vor allem nicht die actio confessoria, weil er keine Servitut hat; aber er hat auch nicht die actio negatoria oder das interdictum quod vi aut clam. Von welchem Gesichtspunkt aus wird dem anderen die Befugnis, höher zu bauen, hier zugesprochen? Lediglich, weil der Nachbar kein Recht hat, es zu verbieten. Den Grund, dass der Höherbauende von seinem Eigentumsrecht Gebrauch mache, erwähnt der Jurist nicht. Kann man daher sagen, hier sei der Grundsatz ausgesprochen oder angewendet, dass, wer sein Recht ausübe, nicht zu Schadensersatz verpflichtet sei, weil er eben nicht widerrechtlich handle? Wo steht hier etwas von Rechtsausübung? Der Jurist lässt die Frage, ob der Bauende widerrechtlich handle oder nicht, völlig dahingestellt; er sagt nicht, der Bauende habe ein Recht zum Höherbauen, sondern er weist den Nachbar ab, weil er kein Recht habe, das Höherbauen zu verbieten. Die Widerrechtlichkeit wird also nicht schlechthin vom Standpunkte des Bauenden, nämlich weil er berechtigt sei, sondern nur vom Standpunkte des Nachbars, nämlich weil er kein Verbietungsrecht habe, in Abrede gestellt. Der Nachbar hat kein Recht, welchem das Höherbauen zuwiderliefe. Man könnte nun sagen, wenn mir ein anderer das Höherbauen nicht untersagen darf, dann habe ich eben ein Recht zu bauen und übe also, wenn ich baue, dies Recht aus;

jener Satz sage dann: die zwar schädigende Rechtsausübung verpflichte nicht zu Schadensersatz. Hiergegen ist jedoch zweierlei zu bemerken:

1. Das würde nichts daran ändern, dass der Jurist diesen Satz in völlig anderer Form ausgedrückt hat.

2. Der Satz trifft thatsächlich nicht das Richtige, denn was mir A nicht verbieten kann, kann mir vielleicht B verbieten, sodass ich kein Recht habe. Hiergegegen liesse sich vorbringen, dass ich dann immer noch dem A gegenüber ein Recht ausübe. Aber eben dies ist das fragliche.

Offenbar kann das Bauen, nur für sich betrachtet, auch wenn der eine Nachbar es nicht verbieten kann, widerrechtlich sein; der Bauende kann einem anderen Nachbarn gegenüber verpflichtet sein, nicht höher zu bauen, Kann nun ein und dasselbe Handeln, also hier das Bauen in einem Falle Ausübung des Eigentumsrechts, im anderen Falle keine solche sein? Uebt der höherbauende Eigentümer C gegenüber A sein Eigentumsrecht aus, nicht aber gegenüber dem servitutenberechtigten B, weil das Eigentum diesem letzteren gegenüber beschränkt ist? Offenbar hat sich C gegenüber B eines Teils seines Eigentumsrechts entschlagen. Nimmt er nun diejenigen Handlungen vor, welche zum Genuss jenes entäusserten Rechtsteiles führen, also das Höherbauen, so kann hierin unter keinen Umständen eine Rechtsausübung erblickt werden.[1] Zwar kann nicht zweifelhaft sein, dass viele Rechte, vor allem die obligatorischen, nur bestimmten Personen gegenüber ausgeübt werden können, niemals aber die dinglichen, welche der Allgemeinheit gegenüber ausgeübt werden. Wo somit ein Thun einer bestimmten Person gegenüber kein dingliches Recht ist, kann es nicht einer anderen Person gegenüber ein solches sein. Also: Wenn A dem C das Höherbauen nicht untersagen kann, so ist doch damit nicht

1. Hierüber Näheres unten § 12.

gesagt, dass dem C ein Recht zum Höherbauen zusteht, da vielleicht B ein derartiges Untersagungsrecht hat. Und was zu beweisen war: In l. 9 cit. wird nicht die Widerrechtlichkeit des Höherbauens unter Hinweis auf ein Recht des bauenden Grundstückseigentümers verneint, sondern lediglich, weil der Geschädigte kein Untersagungsrecht hat.[1] Es soll mit diesen Ausführungen nicht in Abrede gestellt werden, dass an sich der Schluss von der Nichtwiderrechtlichkeit auf ein in abstracto bestehendes Recht des Grundstückseigentümers zum Höherbauen wohl angängig ist. Aber es ist offenbar etwas anderes, ob ich diesen Schluss aus der Stelle ziehe, oder ihn der Stelle als Voraussetzung zu Grunde lege, was im Vorangehenden bekämpft wurde. Es ist zweierlei, ob ich vom Recht auf die Nichtwiderrechtlichkeit oder umgekehrt schliesse. Und ferner, mag man auch auf ein in abstracto bestehendes Recht zum Höherbauen schliessen, so ist, wie darzuthun versucht wurde, damit nicht gesagt, dass in concreto Rechtsausübung vorlag.

Aehnliches gilt von der l. 21 D. de aqua pluvia 39, 3. Si in meo aqua erumpat, quae extuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris. Hier sagt der Jurist: „Offenbar hast Du Dir keine vis zu Schulden kommen lassen." Er sagt aber auch hier nicht: „Weil Du ein Recht hast:" das will er gar nicht sagen, sondern er giebt als Grund an: „weil der Thatbestand der vis, nämlich in diesem Falle das Handeln gegen ein Verbot, gar nicht vorliegt." Der Jurist verneint das Dasein des

1. Anders die Lehrbücher, nach welchen der Jurist hier vom Recht auf die Nichtwiderrechtlichkeit schliesse. Umgekehrt schliesst Werenberg, Jahrb. f. Dogm. Bd. 6, S. 50 von der Nichtwiderrechtlichkeit auf das Recht.

Delikts der vis (im oben genannten Sinne); aber er verneint es nicht aus dem Gesichtspunkte eines dem Handelnden zustehenden besonderen Rechts.[1] Er unterlässt es aber auch nicht, eine Begründung anzugeben.[2] Sie liegt in dem Satze Sinulla servitus mihi eo nomine debita fuerit; sie wird also vom Standpunkte des Geschädigten aus gegeben. Dieser kann die vis nur erfahren, wenn er ein Verbietungsrecht hat, also im vorliegenden Falle, wenn ihm eine entsprechende Servitut zusteht. Im übrigen gilt hier, was von der zuvor besprochenen Stelle gilt. Und hier kann es nicht die Meinung des Juristen sein, vis liege deshalb nicht vor, weil der „venas incidens“ sein Eigentumsrecht ausübe; denn auch hier ist diese Frage noch offen. Auch hier mag man (aber erst als Schlussfolgerung) ein in abstracto bestehendes Recht annehmen, in concreto kann aber auch hier ein Dritter ein Verbietungsrecht haben, sodass von einer Rechtsausübung nicht mehr die Rede sein kann. Das Wasser lief vielleicht auf zwei Grundstücke: der Anlieger überbindet nun die gemeinsame Quelle; kann man sagen, er übe damit gegenüber demjenigen Grundstücke, zu dessen Gunsten keine diesbezügliche Servitut bestand, sein Eigentumsrecht aus, nicht aber gegenüber dem servitutberechtigten Grundstücke? Wie wir oben sahen, ist eine solche Auffassung unzutreffend. Es ist also im vorliegenden Falle wohl möglich, dass der Schädigende in der That gar kein Recht hatte, die Quelle zu unterbinden, so dass dem Juristen der Gedanke kaum vorgeschwebt haben kann, den Gajus in die Formel gefasst hat: Wer sein Reeht gebraucht, handelt nicht dolos.[3]

Eine der am häufigsten in diesem Zusammenhange angezogenen Stellen ist die l. 24 § 12 D. de damno inf. 39. 2.

1. So Windscheid, Pand. I § 121, Anm. 3, Unger, System a. a. O. u. a.

2. So Pernice a. a. O. S. 48 zu N. 3.

3. Pernice a. a. O. S. 49.

Sie bietet mehr Schwierigkeiten, als auf den ersten Blick anzunehmen ist: Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei (tui) praecisae sunt: an tenear? ait Trebatius, non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit damni infecti stripulatio committetur.[1] Es fragt sich, ob darin ein damnum liegt (und zwar im Sinne der cautio d. inf.), dass ich auf meinem Hausgrundstücke einen Brunnen grabe und hierdurch meinen Nachbar schädige. Der Jurist verneint es, sofern hierdurch nur dem Nachbar das Wasser entzogen wird, und er bejaht die Frage, wenn der Graben in solche Tiefe geht, dass die Mauer des nachbarlichen Hauses gefährdet wird. Als Grund für ersteres giebt er an: das damnum sei deswegen nicht „vitio operis mei" entstanden, weil ich ja nur mein Recht ausgeübt habe (jure meo usus sum); das Graben war ihm also Rechtsausübung. Also nicht sowohl das damnum als speciell das für die Fälligkeit der Kaution erforderliche vitium wird unter Hinweis auf das Recht verneint. Wie nun aber im zweiten Falle? Hier soll die Kaution verfallen sein; also wird hier offenbar ein vitium operis vom Juristen angenommen. Warum aber ein vitium? Man muss folgerichtig sagen: weil dies keine Rechtsausübung mehr ist. Aber wenn der Grabende kein Recht hat, wozu dann die Umstände? Er handelt dann ja offenbar schuldhaft und haftet nach der lex Aquilia. Und ferner: das Graben ist Rechtsausübung, soll Rechtsausübung sein, bis zu dem Momente, wo

1. Ich kann diese Quellenstelle keineswegs mit der Ausführlichkeit behandeln, zu der sie Anlass bietet, und beschränke mich darauf, sie hinsichtlich der hier interessierenden Gesichtspunkte zu besprechen. Ausführlich handelt von ihr Burckhard bei Glück Serie der Bücher 39, 40. Th. 2, S. 50 ff.

die Mauer gefährdet wird, von da an aber Unrecht? Welches allgemeine Prinzip liegt hierin, wonach bestimmt sich der Begriff der Rechtsausübung? Solange der Schaden nicht aussergewöhnlicher Art ist, solange nur ein „bisher praktisch genossener Vorteil kein rechtlicher Zustand entzogen wird?"[1] Man wird zugeben müssen, entweder: der Jurist sieht auch im zweiten Falle eine Rechtsausübung (und dies müssen wir annehmen, wozu sonst die cautio d. inf.?); dann ist aber entschieden die Begründung im ersten Falle, dass nämlich die Kaution nicht verfalle, weil der Handelnde ein Recht ausgeübt habe, unrichtig; denn dies trifft ja auch für den zweiten Fall zu und ist überhaupt die Voraussetzung der cautio d. inf. Oder: der Jurist verneint im zweiten Falle die Rechtsausübung; dann ist aber, wie gesagt, unerklärlich, weshalb dem Geschädigten nicht die Klage aus der lex Aquilia gegeben wird. Und ferner hätte man es mit der sonderbaren Thatsache zu thun, dass die Römer den Begriff der Rechtsausübung von der Bedeutung des mit einem Thun für einen Anderen erwachsenden Schaden abhängig gemacht hätten.

Bevor wir jedoch das hierdurch angedeutete Problem zu lösen suchen, wollen wir eine andere Quellenstelle näher betrachten, l. 26 eod. Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti (uti Krueger) lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse

1. So Burckhard a. a. O. S. 51.

Proculi sententia. — Auch hier fragt es sich, ob die cautio damni infecti verfallen ist. Der Jurist verneint, dass ein damnum vorliege; aber nicht (wie Paulus in der l. 151 D. 50, 17) unter Hinweis auf ein Recht des Thäters, sondern mit der Begründung, dass der Geschädigte ja nur eines faktischen nicht eines rechtlichen Vorteils verlustig gegangen sei. Wenn man diese Stelle mit der vorangehenden l. 24 § 12 vergleicht, so fällt auf, dass der doch sehr ähnliche Fall nicht damit begründet ist, dass der Thäter sein Recht ausübe, sodass man wohl sagen kann, „die Berufung auf das eigene Recht des Schädigenden sei wie absichtlich vermieden."[1] Aber nach dem Tadel, den ich dieser Begründung in der l. 24 § 12 gegenüber ausgesprochen habe, muss ich hier dem Juristen Recht geben, dass er dieselbe unterlassen hat.[2] Denn auch hier, wo es sich um die cautio d. inf. handelt, also die Rechtsausübung oder doch die Nichtwiderrechtlichkeit Voraussetzung ist, müsste man sich über eine derartige Begründung wundern.

Wir müssen aber davon ausgehen, dass in beiden Stellen Rechtsausübung vorliegt; sodass in l. 26 der Jurist richtig anhebt: Cum quis jure quid in suo faceret u. s. f.

1. Pernice a. a. O. 1. Aufl. S. 12. Pernice hat dies in der 2. Aufl. zurückgenommen; hierüber s. später.

2. Ich kann daher insbesondere Dernburg nicht beitreten, wenn er Pand. I 4. Aufl. S. 92 die Ansicht Pernice bekämpft, indem er sagt: „Dieser Gesichtspunkt (nämlich die nicht ausgesprochene Berufung auf das eigene Recht des Schädigenden) bestimmt die Entscheidung. Um seinetwillen leugnet der Jurist ein damnum im Sinne der cautio damni infecti." Aber ist nicht Rechtsausübung die Voraussetzung der cautio d. inf.? Und wenn D. hinzusetzt: „Denn das Vermögen des Nachbarn ist nur thatsächlich, aber nicht im Rechtssinne gemindert," so vermag ich nicht zu erkennen, in wiefern sich dies als Folge der Rechtsausübung darstellen soll. D. hat diese Erklärung in der 5. Aufl. nicht aufgenommen, sondern verweist nunmehr auf Pernice a. a. O.

und auch nachher richtig sagt: „jure tuo altius tollas." Er giebt hiermit, wie Pernice a. a. O. 2. Aufl. S. 49 Anm. 2 treffend bemerkt, „ein notwendiges Element des Thatbestandes," da sich eben die ganze cautio d. inf. auf den Fall beziehe.[1] Wovon hängt nun aber die Entscheidung ab? Es wird allgemein richtig erkannt, dass die Hauptfrage ist: Liegt ein „damnum" vor? Mir scheint aber, dass meist ausser acht gelassen wird, dass die Frage nicht die ist: Liegt ein damnum im eigentlichen Rechtssinne vor? Denn das wäre ein damnum injuria datum, das gerade nicht vorliegen soll. Die Frage ist also: Liegt ein damnum im Sinne der cautio d. inf. vor?[2] Hierfür verlangen die Quellen ein vitium aedium loci operis, wie dies in l. 24 § 12 ausdrücklich betont ist. Daher kann Trebatius in l. 25 eod. sagen: etiam eum accipere damnum, cuius aedium luminibus officiatur, ohne dadurch mit seiner Entscheidung in l. 24 § 12 in Widerspruch zu geraten. Denn in l. 25 sagt er, ein damnum schlechthin liege auch in der Lichtentziehung; dass ein damnum im Sinne der cautio d. inf. vorliege, sagt er damit noch nicht. Denn dieses damnum muss speziell vitio operis eingetreten sein, und Trebatius sagt in l. 24 § 12 ausdrücklich: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari, — freilich mit unzureichender Begründung.[3]

---

1. Die Aeusserung bei Pernice a. a. O. S. 49 Anm. 2, „Vom Gebrauche des eigenen Rechts sei in dieser Stelle gar nicht die Rede," ist daher so zu verstehen, in den Entscheidungsgründen sei von diesem Rechte nicht die Rede.

2. Dernburg a. a. O. stellt die Frage so; doch lautet die Antwort (vgl. S. 25, Anm. 2 i. f.), als handle es sich um den gewöhnlichen Begriff des damnum.

3. Mir scheint daher der Versuch Burckhards a. a. O. S. 54, l. 25 cit. zu erklären, nicht gelungen. Mag auch Paulus, der die Stelle des Trebatius citiert, im 78. Buche zum Edikt von einem facere in loco publico sprechen, im Zusammenhang der l. 25 hätte dies doch hervorgehoben werden müssen.

Also auf das vitium kommt es an. Wo die römischen Juristen das damnum im Sinne der cautio d. inf. und somit deren Zuständigkeit leugnen, da leugnen sie das vitium. Wann, das ist nunmehr die Hauptfrage, liegt ein vitium vor? Unzutreffend scheinen mir, wie erwähnt, alle Versuche, die Leugnung der vitium und damnum damit zu erklären, dass der Schädigende sein Recht ausübt; ich verweise auf die obigen Ausführungen. Auch ein so genaues Prinzip, wie es Burckhard a. a. O. konstatiert, kann ich nicht finden. Nach ihm handelt es sich im Falle der Lichtentziehung sowie des Entziehens des Wassers um Entziehung eines „bisher faktisch genossenen Vorteils, auf dessen Bestehen derselbe ein konkret begründetes Recht nicht hat;" in dem Falle, wo die Mauer gefährdet ist, handle es sich dagegen um einen Schaden, der sich auf einen rechtlichen Zustand beziehe.[1] Hiergegen lässt sich Folgendes einwenden: Die Quellen sprechen diesen Gedanken weder an der einen noch an der anderen der besprochenen Stellen aus, insbesondere ist in l. 24 § 12 ausdrücklich ein anderer Grund genannt, und zwar ein Grund, der, wie wir sahen, ganz offenbar falsch ist. Aber wie käme der Jurist dazu, sich auf einen so unzutreffenden Grund zu stützen, wenn er den Burckhardschen Grund vor Augen gehabt hätte? Und wo steht, dass der Brunnen nur ein faktisch, nicht auch ein rechtlich genommener Vorteil war? Und warum soll die Entziehung des Wassers kein damnum schlechthin sein? Burckhard meint, weil ein nur faktischer Genuss entzogen wird. Aber erstens wäre es, wie Pernice a. a. O. bemerkt, eine Wunderlichkeit, die Entziehung des Brunnenwassers nicht als Vermögensminderung aufzufassen, und ferner: Ist denn dies das Merkmal der injuria? Keineswegs, ein damnum **injuria** datum liegt nicht vor, weil der Handelnde sein Recht ausübt. Aber hiernach fragt ja

1. Aehnlich Regelsberger Pand. § 54, welcher Verletzungen fremder Interessen und fremden Rechtsgebiets unterscheidet.

der Jurist gar nicht: er fragt vielmehr, ob ein „damnum vitio operis datum“ vorliegt, und dies stellt er im ersten Falle in Abrede. Und in l. 26 cit. betont der Jurist ausdrücklich den Unterschied von „damnum facere“ (facere = erleiden) und „lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur.“ Burckhard a. a. O. findet hierin den von ihm angenommenen Gegensatz. Aber der Verlust eines lucrum ist den Römern auch ein damnum. Jenes damnum kann daher nur als das damnum vitio operis factum gedacht sein, welches für den ersten Fall der l. 26 geleugnet, für den zweiten angenommen wird. Das Prinzip ist hiernach wohl eher in der Richtung des Gegensatzes zwischen lucrum cessans und damnum emergens zu suchen:[1] im ersten Falle soll ein vitium vorliegen, im zweiten nicht. Ein innerer Grund ist freilich schwer zu finden, es sei denn die Billigkeit: der Eigentümer, welcher sein Recht ausübt, soll wenn er dadurch dem Nachbarn positiven Schaden zufügt, Ersatz leisten. Es soll auch keineswegs verkannt werden, dass hier der Begriff des vitium statt in der schädigenden Handlung selbst, mehr in ihrer Wirkung gefunden wird, wohingegen diese freilich wiederum durch das Mass der schädigenden Handlung bestimmt wird. — Auch ist zuzugeben, dass eine Rechtsausübung, für die ich Schadensersatz leisten muss, so gut wie Unrecht ist; mein Recht wird von der Rechtsordnung nicht mehr anerkannt. Das mag es denn wohl auch sein, was dem Juristen vorschwebt, wenn er in l. 24 § 12 den Ausfall der cautio d. inf. unter Hinweis

1. F. Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht S. 135 sieht auch in dem Entziehen des Wassers einen positiven Schaden (damnum emergens). Aber einmal wird hier das damnum (freilich im Sinne der c. d. inf.) ausdrücklich geleugnet. Ferner aber ist das Aufhören einer Erwerbsquelle auch ein lucrum cessans. Wenn ein Grundstück zufolge eines für dasselbe in Aussicht stehenden Gewinns schon jetzt 100 000 wert ist, infolge Nichteintretens desselben aber nur 50 000, so bleibt es doch ein lucrum cessans,

auf das jure uti begründet: Recht bleibt hier Recht, im anderen Falle wird es (freilich nur auf Grund der Caution) so viel wie Unrecht.[1]

Das Resultat ist also folgendes: l. 24 § 12 und l. 26 D. 39,2 besprechen die Frage, wann der Eigentümer wegen des seinem Nachbar durch Ausübung seines Eigentumsrechts zugefügten Schadens auf Grund der cautio d. inf. ersatzpflichtig ist. Wenn die Kautions- und Ersatzpflicht für gewisse Fälle bejaht, für andere verneint wird, so liegt nach den vorangegangenen Ausführungen auf der Hand, dass man nicht sagen kann (oder wenigstens nur mit der eben gegebenen Erläuterung), der Grund für die Nicht-Haftung sei das Recht des Schädigenden; vielmehr ist, wie wir gesehen, der Grund anderweitig zu suchen und zu finden. Will man also im Zusammenhange der hier erörterten Rechtssätze (qui jure suo utitur u. s. f.) die zuletzt besprochenen Stellen anführen, dann muss man

1. Daher m. E. zutreffend Reinhard, über das Recht des Eigentümers gegenüber dem Nachbarn, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 36, S. 232 ff; von l. 24 § 12 sagt er: In meinem Rechte bin ich insofern, als ich überall befugt bin, dem Nachbarn ein von meinem Grund und Boden zufliessendes lucrum abzuschneiden, sofern ihm die Fortdauer nicht durch einen besonderen Rechtstitel garantiert ist. — Aehnlich Hagemann, praktische Erörterungen VI N. 14. — Auch Werenberg Archiv Bd. VI S. 49 unterscheidet, ob ein positiver Schaden herbeigeführt ist oder nicht. Sein Schluss freilich: „Daher (dh. wo kein positiver Schade) kann es kein Rechtsmittel geben," ist nicht zwingend. In zahlreichen Fällen tritt bei lucrum cessans Schadensersatz ein. — Auf dem im Texte bekämpften Standpunkte steht Wendt a. a. O. S. 121 u. 156: er sieht den Grund jener Entscheidungen im eigenen Rechte des Schädigenden und findet in jenen Stellen eine Anwendung des Satzes: nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet. Es läge denn doloser Rechtsmissbrauch vor. Diese Ansicht leidet eben darunter, dass damnum injuria datum und damnum im Sinne der c. d. inf. nicht auseinander gehalten werden.

sich jedenfalls gegenwärtig halten, dass der Satz: Rechtsausübung schliesst das Delikt (hier das damnum) aus, zum Thatbestande gehört, und keineswegs, wie vielfach angenommen wird, das die Entscheidung beeinflussende Prinzip ist. — Was wir also aus dem Thatbestande der besprochenen Stellen (nicht aus ihren Gründen) entnehmen, ist: Die Ausübung des Eigentums ist, auch wenn sie Schaden bringt, kein damnum injuria datum (es fehlt die injuria). Aber der Gesetzgeber fühlt die Härte, dass nämlich, wie Wendt Pand. S. 10 sich ausdrückt, zum Teil Interessen preisgegeben sind, die eine Anerkennung als Recht nicht gefunden haben. Rechtliche und moralische Rücksichten zwingen das Recht zur Selbstremedur, und es erfindet die cautio d. inf., um das nicht geschützte Interesse zu schützen, und stellt hierfür einen besonderen Begriff des damnum auf. Also: keine schrankenlose, zu keinem Schadensersatz verpflichtende Rechtsausübung, sondern nur: bei Rechtsausübung kein Delikt.

Es bleiben noch einige Quellenstellen zu erörtern, die sich in den Lehrbüchern regelmässig in diesem Zusammenhange finden.

l. 1 § 11 D. de aqua et aquae 39,3 lautet: Idem (Sabinus Cassius) ajunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem (wohl superfluentem) ex vicini in suum derivare dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri.

Diese Stelle schliesst sich trefflich an das zuletzt Bemerkte an. Das blosse „in suo facere“ ist, weil juris executio, keine injuria, mag es auch den Nachbarn schädigen; das damnum daher kein damnum injuria datum. Aber es ist immerhin ein damnum im nicht technischen Sinne, welchem, wenn es zu arg wird, gesteuert werden muss. Ein Mittel gegen rücksichtslose Ausübung des Eigentumsrechts war die cautio d. inf. Die für land-

wirtschaftliche Betriebe so wichtigen Wasserverhältnisse regelte die actio aquae pluviae arcendae. Bei der cautio d. inf. musste die Frage, wann ein damnum vorlag, Schwierigkeiten bereiten, da die für das Delikt des damnum massgebende injuria fehlte. Auch bei der actio aquae pl. a. handelt es sich um ein damnum und zwar ein drohendes (l. 1 § 1 D. h. t. haec autem actio locum habet in damno nondum facto). Es musste also auch hier der Begriff des damnum festgelegt werden. Man verfuhr aber hier summarischer und sagte: ein damnum im Sinne der actio aquae pl. a. soll darin erblickt werden, dass der Eigentümer des niedriger belegenen Grundstücks eine Aenderung des Wasserlaufs vom oberen Grundstücke her erfährt (l. 1 § 1 l. c.); ferner für den Eigentümer des höher belegenen Grundstücks darin, dass derjenige des niedrigeren das abfliessende Wasser nicht wie bisher aufnimmt (l. 1 § 23 l. c.). Alles, was der Grundstückseigentümer auf seinem Grundstücke unternimmt, das hierunter nicht fällt, bleibt uneingeschränkte Eigentumsausübung. Daher sagt l. 1 § 11, die actio a. a. pl. a. solle nicht Platz greifen: 1. wenn der Oberlieger sein Regenwasser nicht auf das untere Grundstück laufen lässt[1]; (vgl. l. 10. Cod. de serv. 3.34.) 2. wenn der Unterlieger das überflüssige Oberwasser zu sich herunter leitet. Die Unterscheidung dieser Fälle, wo die a. a. pl. a. nicht Platz greift, von den zuerst genannten tritt deutlich zu Tage: Schaden im Sinne der a. a. pl. a. darf als damnum emergens nicht zugefügt werden, wohl aber, wenn er sich nur als lucrum cessans darstellt. Also derselbe Unterschied, wie wir ihn in der zuvor besprochenen l. 24 § 12 u. l. 26 festgestellt haben. Dass dieser Gesichtspunkt hier offensichtlich massgebend war (denn eine Unterscheidung etwa von Eingriff in die Rechts- und in die blosse Inter-

1. Auf die Ausnahme hiervon, nämlich das Entziehen des Wassers animo nocendi, kommen wir später zu sprechen.

essensphäre liegt keinesfalls vor [1]), ist eine Bestätigung für die Richtigkeit der oben vorgetragenen Ansicht. Also auch hier ist die Frage nicht: Liegt ein damnum injuria datum vor? und die Antwort: Nein, denn der Eigentümer übt sein Recht aus; sondern auch hier ist dies letztere vorausgesetzt und lediglich festgestellt, dass ein damnum, wie die actio a. pl. a. es erfordert, im Falle des blossen Entzugs eines lucrum nicht vorliege. Etwa das will der Zusatz in l. 1 § 11: prodesse enim u. s. f. sagen, der natürlich in seiner Allgemeinheit nichtssagend bis falsch ist.

Hiermit können wir die Quellenbetrachtung über den Satz: Qui suo jure utitur neminem laedit abschliessen und die Summe ziehen:

1. Die Quellen werfen an verschiedenen Stellen die Frage auf, ob eines der römischen Privatdelikte vorliege, so in l. 151 D. 50,17, ob ein damnum, in l. 155 § 1 eod., ob vis (verbotene Eigenmacht) vorliege. Die Frage wird unter Hinweis auf die Rechtsausübung des Thäters verneint, offenbar, weil diese den Dolus ausschliesst, wie denn dieser Gedanke in l. 55 eod. zum unmittelbaren Ausdruck gelangt. An zahlreichen Stellen finden sich diese Sätze für Delikte und deliktartige Thatbestände wiederholt.

2. Verschiedene Quellenstellen, in welchen man die zu 1 erwähnten Sätze findet, werfen jene Frage nach der absoluten Widerrechtlichkeit gar nicht auf, geschweige denn, dass sie sie aus dem Rechte des Thäters beantworten. Aus diesem Grunde scheiden aus l. 9 D. 8,2 und l. 21 D. 39,3.

3. Mehrere Quellenstellen verneinen nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, das Vorliegen eines Deliktes, nämlich des damnum injuria datum, unter Hinweis auf das Recht.

1. Burckhard a. a. O. Abt. 3, S. 224 ff. unterscheidet freilich auch hier zwischen dem faktisch und rechtlich genossenen Vorteil.

Denn in diesen Stellen ist nach diesem damnum gar nicht gefragt, vielmehr danach: Liegt damnum in der Spezialbedeutung, welche ihm die cautio d. inf. und die actio a. pl. a. geben, vor? So l. 24 § 12, l. 26 D. 39,3 und l. 1 § 11 § 21 D. 39,3 und l. 10 Cod. 3,34.

Wie verhält sich also die Parömie, welche wir an die Spitze dieses § gestellt haben, zu diesem Quellenresultat? Wir sahen bereits, dass sie in der Form: „neminem laedit" geradezu falsch ist. In der Form „nemini facit injuriam" ist sie zutreffend, wenn man sie so versteht: Es liegt kein Delikt vor; unzutreffend, wenn man sie so versteht: es besteht keine Schadensersatzpflicht. Wie wir sahen, greift eine solche in zahlreichen Fällen Platz, auch wenn eine Rechtsausübung vorliegt, weil, mag auch ein Delikt geleugnet werden, doch mit Rücksicht darauf, dass die verletzten Interessen schutzbedürftig erscheinen, in besonderer Form eine Schadensersatzpflicht konstruiert wird. Also: wo ein Recht, kein Unrecht. Aber nicht: wo ein Recht, kein Schade und keine Schadensersatzpflicht.

Diese freilich muss dann jeweilen einen anderen besonderen Grund haben und kann nicht als widerrechtliche Verletzung eines Rechtsguts im Sinne einer unerlaubten Handlung (Delikt) gedacht sein. Also für das römische Recht gilt hiernach: Bei Rechtsausübung tritt eine Schadensersatzpflicht nur auf Grund eines ausdrücklichen gesetzlichen Titels ein. — An dieser Stelle sei auf die in ihren Zwecken verwandten sog. Legalservituten (zu deren näherer Besprechung hier kein Raum ist) hingewiesen. Auch sie sind Selbstkorrekturen des Rechts, gerichtet gegen schrankenlose Ausbeutung der subjektiven Rechte zur Verhinderung der Reibungen verschiedener in örtlicher Beziehung aneinandergrenzender Rechte.[1] Aber — dadurch unter-

1. Vgl. hierüber Hellmann i. d. Jurist. Blättern, Bd. 17 (1888) S. 2 ff., der nicht übel von der Resultierenden der Kräfte spricht und hierunter die Nachbarrechte als Regelung der sich bekämpfenden subjektiven Rechte versteht.

scheiden sie sich von den zuvor besprochenen Rechtsgebilden —, wo das Nachbarrecht die Eigentumsausübung einschränkt, da schränkt sie das Recht ein, sodass eine Eigentumsausübung im gegebenen Falle nicht mehr vorliegt.[1]

Nach den vorangegangenen Ausführungen muss einleuchten, dass die praktische Brauchbarkeit des Satzes: Qui suo jure utitur u. s. f. sehr problematisch ist.[2] Für die Frage, ob im gegebenen Falle ein Delikt vorliegt, versagt nämlich eine derartige Begründung, sowie streitig ist, ob überhaupt eine Rechtsausübung vorliegt. Das wird sehr häufig der Fall sein, ja wohl meist den Kern der Frage bilden. Es nimmt sich dann doch sehr sonderbar aus, wenn die Frage: Liegt ein Unrecht vor? damit beantwortet wird: Nein, es liegt ein Recht vor. Das ist eine einfache Verneinung, aber keine Begründung. Wollte man gar den Satz: qui jure suo u. s. f. zu uneingeschränkter Geltung bringen, so wäre es kaum schwer, jedes Delikt, das in Begleitung oder Folge einer Rechtsausübung be-

1. Zu beachten ist auch Folgendes. Oft versagt jene Parömie da, wo sie auf den ersten Blick so recht am Platze zu sein scheint. Wenn z. B. (dies Beispiel führt Dernburg Pand. I § 41 N. 6 an) der Pfandgläubiger nach der Fälligkeit der Forderung das Pfand auch zu ungünstiger Zeit verkaufen kann, ungeachtet des Nachteils, der nachstehenden Gläubigern oder dem Schuldner hieraus erwächst, so wird mit Recht der Schaden (damnum injuria datum) verneint, weil der Gläubiger sein Recht ausgeübt habe. Aber auf diesen Satz braucht man sich deswegen gar nicht mit zu berufen, weil ein Zweifel gar nicht auftauchen kann: das Recht erkennt die schädigende Handlung klipp und klar als Rechtsausübung an. Man sieht, dass die Frage eher sein kann: Liegt Rechtsausübung vor? s. d. Text.

2. Hoffmann, über die Grundzüge des Nachbarrechts beim Grundeigentum, Arch. f. pr. RW. N. F. B. 6 S. 245 erwähnt jenen Satz, „mit welchem namentlich auch in der Praxis noch so viel und zwar ins Blaue hinein operiert wird.“

gangen ist, mit einigem Schein zu leugnen.[1] Vollends für die Frage, ob in einem gegebenen Falle Schadensersatz verlangt werden kann, genügt es nicht, zu sagen: Es besteht keine Pflicht zum Schadensersatz, denn der Schädigende hat sein Recht ausgeübt; es ist vielmehr festzustellen, dass ein besonderer Grund zum Schadensersatze nicht vorliegt.[2]

Erkenntnisse mit derartigen Begründungen sind denn auch nicht so häufig, wie die auf S. 34 N. 2 mitgeteilte Aeusserung Hoffmanns könnte vermuten lassen; wo sich derartige Erkenntnisse finden, bieten sie regelmässig Angriffspunkte.

Hierher rechne ich das Erkenntnis des O. A. G. Jena vom 9. Juli 1840. (Seuffert Arch. 23,205.) Hier wird dem Geschädigten ein Verbietungsrecht gegenüber der schadenbringenden Anlage versagt, „da an und für sich ein Jeder auf seinem Eigentume und mit demselben vornehmen kann, was er will, falls er keinen anderen dadurch auf rechtswidrige Weise beschädigt.“ Das ist natürlich nicht falsch, aber ungenau. Wenn das Handeln rechtswidrig ist, ist es eben nicht mehr Rechtsausübung. Und warum ist es im vorliegenden Falle nicht rechtswidrig? Es fehlt der letzte Grund: Weil ein besonderer gesetzlicher Titel, welcher an die Rechtsausübung Schadensersatzpflicht knüpft, nicht vorliegt. Es sieht aus, als sei dem Richter nicht ganz klar gewesen, warum er die Klage abweist.

Auch die Gründe der Entscheidung des Obersten L. G. f. Bayern vom 12. Oktober 1883 (Seuffert Arch. 39, 90) operieren mit jener Parömie nicht sehr glücklich: „Der Eigentümer ist regelmässig zu jeder Disposition mit dem

1. Hierüber s. unten §§ 3 u. 9.

2. Eine Lokomotive setzt durch Funkenauswurf einen Wald in Brand; es genügt nicht, dass der Unternehmer sich auf sein Recht beruft, seine Lokomotive Funken sprühen zu lassen.

Seinigen nach freiem Belieben befugt; der Nachbar kann nur verlangen, dass durch derartige Dispositionen nicht eine Immissio in suum stattfinde, deren Abwehr die Gesetze gestatten." Aber die Immissio in suum, deren Abwehr die Gesetze gestatten, ist ja gerade der Fall, in welchem die Ausübung des Eigentumsrechts deswegen widerrechtlich wird, weil ihm gesetzliche Schranken gezogen sind, also, wie oben erwähnt, von einer Rechtsausübung keine Rede mehr ist. Es musste aber ausserdem festgestellt sein, dass auch diejenigen Fälle nicht vorliegen, in welchen ohne Immissio, also ohne offenbare, schon formelle Widerrechtlichkeit das Gesetz den Schädigenden zu Ersatz verpflichtet. Es genügt also nicht, wenn die Gründe weiter ausführen: „Der Fischereiberechtigte kann somit Dispositionen des Ufereigentümers nicht hindern, sofern der bemerkte Fall nicht gegeben ist." Es musste heissen: „Sofern keine besonderen Schadensersatzgründe vorliegen." Und vollends zu weit geht der Schluss: „Es ist ein Recht des Eigentümers, seine Grundstücke gegen Abriss zu sichern, und was er in Ausübung dieses Rechts vornimmt, kann vom Dritten nicht gehindert werden." Das wäre ein Freibrief für die Zufügung des erheblichsten Schadens.[1]

Hiermit verlassen wir vorläufig diese Erörterungen und wenden uns im Folgenden der Beobachtung derjenigen Quellenstellen zu, in denen man die einzige Ausnahme von der besprochenen Parömie erblickt, nämlich die böswillige Rechtsausübung. Auf das bisher Behandelte werden wir dabei zurückkommen.

---

1. Die von Windscheid, Pand. I § 121 Anm. 2 angezogenen Entscheidungen Seuff. Arch. 29, 119 und 33, 2 passen nicht. In 29, 119 weist der Richter die Klage ab, weil das Nichtgebrauchen eines Rechts keine Widerrechtlichkeit darstelle. 33, 2 passt deswegen nicht, weil sich die Entscheidung auf die Gründe der l. 1 § 11 D. 39, 3 stützt, welche, wie wir sahen, keineswegs die Schadensersatzpflicht mit Rücksicht auf die Rechtsausübung verneint.

§ 3.

Der böswillige Rechtsmissbrauch.

Verbieten die Quellen den böswilligen Rechtsmissbrauch? Die Mehrzahl der Schriftsteller, insbesondere die Lehrbücher, bejahen die Frage auf Grund mehrerer Quellenstellen; so Windscheid, Dernburg, Arndts, Vangerow, Regelsberger, Wendt, Pernice; während andere in jenen Quellenstellen Ausnahmen erblicken, die kein allgemeines Prinzip aussprechen sollen. Zu diesen gehören Wächter, Unger, Bekker, Ihering, Sintenis; Pernice Labeo II 1 S. 57 Anm. 3 bemerkt zu dieser Streitfrage: „Die Lehre hat mehr Staub aufgewirbelt, als die ganze Sache wert ist, denn über die geringe praktische Bedeutung ist man allerseits einig.“ Und auch Windscheid Pand. § 121 N. 4 hält „die ganze Bestimmung für nicht sehr praktisch.“ Nachdem nun aber das bürgerliche Gesetzbuch im § 226 das Verbot chikanöser Rechtsausübung aufgestellt hat, gewinnen auch die eingreifenden Streitfragen des römischen Rechts ein neues, höheres Interesse. Hatte das römische Recht das Chikaneverbot bereits gekannt, hatte somit der gemeinrechtliche Richter bereits eine (wenn auch nicht so unzweideutige) Handhabe, um dem böswilligen Rechtsmissbrauche zu begegnen, so enthält der § 226 B. G. B. gegenüber dem bisherigen Rechtszustande kein wesentlich neues Prinzip und die heutige Praxis mag für solche, die den Wirkungen des § 226 mit einer gewissen Aengstlichkeit entgegensehen, eine Beruhigung und für die Richter ein Massstab sein.

Wir betrachten die in Frage kommenden Quellenstellen.[1]

1. Ich beobachte dabei keine grundsätzliche Reihenfolge, weil ich, wie die Darstellung zeigen wird, irgend ein leitendes Prinzip in ihnen nicht auffinden kann.

l. 1 § 12 D. de aqua et aquae 39, 3 lautet (Ulpianus): Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Der Thatbestand ist dem in dem vorangehenden § 11 behandelten (vgl. S. 30 ff.) ähnlich. Der Grundstückseigentümer entzieht durch Manipulationen auf seinem Grundstücke dem Nachbarn das Wasser; dort durch Zurückhalten des abfliessenden Wassers, hier durch Graben. In jenem Falle war ausser Frage gestellt, dass der Entziehende sein Recht ausübe. Dass hier (§ 12) der Eigentümer sein Recht ausübt, ist nicht ausdrücklich bemerkt, geht aber daraus hervor, dass jede Klage versagt wird. Die Frage, ob etwa die actio a. pl. a. Platz greife, wird gar nicht aufgeworfen. Sie ist aus demselben Grunde ausgeschlossen, wie in der l. 1 § 11 eod. Jedoch wirft der Jurist (Marcellus) eine andere Frage auf, freilich stillschweigend, die ausgedrückt etwa lauten würde: Kann man dem armen Nachbarn, der um seine Quelle gebracht ist, gar nicht helfen, hat er nicht einmal das Universalheilmittel, die Dolusklage? „Nihil posse agi", man kann ihm gar nicht helfen, antwortet der Jurist; nicht einmal die actio doli ist ihm zuzugestehen. Natürlich nicht, fügt dann Ulpian hinzu, — vorausgesetzt, dass er nicht mit der Absicht dem Nachbarn Schaden zuzufügen, sondern nur, um seine Landkultur zu verbessern, dies that.[1] — Die Stelle hat verschiedene Erklärungen erfahren. Für gänzlich verfehlt halte ich die auch in andern Fragen fehlgehende Erklärung von Rewoldt a. a. O. Er sagt S. 692 mit Recht: Der Schlusssatz des § 12 von „et sane" ab enthält eine Erläuterung, weshalb die actio doli

1. Die Umstellung Mommsens (et sane non debet habere nec de dolo actionem) halte ich daher nicht für nötig; was gemeint ist, ist auch so klar. Pernice a. a. O. 1. Aufl. S. 15 N. 15 hielt die Mommsensche Umstellung für unerlässlich; so auch in der 2. Aufl. S. 66.

nicht Platz greife. Man mag auch wie Rewoldt die Stelle so übersetzen: „und freilich kann man sie (die actio doli) nicht haben, wenn es sich darum handelt, den Acker zu verbessern, nicht darum, zu schaden.“ Man kann diese Stelle aber nicht, wie Rewoldt thut, so auffassen, als meine Ulpian, die actio doli greife deswegen nicht Platz, weil ja von nocere, also von dolus in dem von Marcellus vorgetragenen Falle gar nicht die Rede sei.[1] Hiergegen lässt sich nämlich folgendes einwenden.

1. Schon sprachlich ist diese Auffassung unzutreffend. „Si“ bedeutet: unter der Voraussetzung, dass, falls, vorausgesetzt; „si“ ist immer condicional, schränkt das Prinzipielle ein. Es wäre ein logischer Fehler, wenn Ulpian den Satz, in welchem er den vorangehenden (nach Rewoldt) begründen soll, mit si, statt wie üblich mit „quia“ oder „quod“ oder wenigstens „dum“ einleiten würde (Rewoldt selbst übersetzt: „weil nicht vorausgesetzt sei).“ — Ulpian bestätigt vielmehr die Ansicht des Marcellus mit einer Einschränkung, nämlich, wenn er lediglich die Verbesserung seines Grundstücks im Auge habe; dagegen solle die Ansicht des Marcellus nicht richtig sein, wenn jener Schaden wolle.

2. Es ist unzutreffend, zu unterstellen, Marcellus habe den Fall des animus nocendi im Auge; davon ist nicht das geringste ausgesprochen. Man könnte freilich fragen: Wie kommt denn sonst Marcellus auf die actio doli? und könnte so zu der S. 38 No. 1 erwähnten Mommsen'schen Um-

1. Pernice a. a. O. S. 62 tadelt mit Recht die Rewoldtsche Auslegung; allein er versteht wohl R. falsch, wenn er ihn tadelt: „Rewoldt übersieht, dass bei dieser . . . . Uebersetzung Ulpian ja gerade die actio doli im Falle des animus nocendi gestattet.“ R. meint, die actio doli greife nicht Platz, weil kein nocere, also, darauf kommt es R. an, kein dolus vorliegt; dass in einem anderen Falle, wo in der That nocere und dolus vorliegt, die actio doli Platz greife, stellt er wohl nicht in Abrede.

stellung gelangen. Aber die Frage nach der actio doli ist bei dem oben erwähnten Gedankengang des Juristen wohl begreiflich: Giebt es denn gar keine Klage gegen diese Ausnutzung des Eigentums? Das nächstliegende ist, an die actio doli zu denken.

3. Wir müssen also zunächst daran festhalten, dass die Stelle dem Geschädigten ein Klagerecht gibt, wenn der Schädigende den animus nocendi hatte. Bevor wir die Tragweite dieses Satzes würdigen, wollen wir eine ähnliche Quellenstelle näher ins Auge fassen. l. 2 § 9 D. de aqua et aquae 39, 3 (Paulus) lautet: Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc est curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.[1] Die Stelle ist äusserst bestritten. Streitig ist insbesondere, ob Labeo mit den Worten „ut vicino noceatur“ sagen wolle, der Nachbar werde insofern geschädigt, als ihm das Wasser zufliesst oder insofern als es ihm entzogen wird. Ich schliesse mich der Ansicht Burckhards (vgl. Anm. 1) an, welcher die Stelle nur vom Entziehen des Wassers versteht. Ich muss mich darauf beschränken, auf seine Gründe zu verweisen, möchte aber meinerseits noch auf die Basiliken aufmerksam machen, wenngleich Burckhard selbst meint, dass sie denselben Zweifel lassen. Sie drücken sich doch etwas anders aus: *Ἐὰν ποταμὸν δι᾽ ὠφέλειάν μου καὶ οὐ διὰ βλάβην σου ἀποστρέψω καὶ ἐκ τούτου βλαβῇ ὁ ἀγρός σου* etc.; während Labeo sagt: si averterit, ne aqua ad eum perveniat. Labeo sagt also nur: er lenkt den Fluss ab, damit er nicht zu ihm fliesst. Die Basiliken dagegen setzen gleich hinzu:

1. Ausführlich über die Stelle Burckhard a. a. O. 3. Th. S. 227 ff.; daselbst ist die Litteratur und eine Uebersicht der Ansichten (Anm. 8 u. 9).

δι' ὠφέλειάν μου καὶ οὐ διὰ βλάβην σου: der Schaden, von dem hier die Rede ist, wird also auch als in dem *ἀποστρέφειν* liegend gedacht. Dass der Schädigende den Fluss nur von seinem Grundstücke abwendet, steht auch im Texte der Digesten nicht, die Basiliken lassen erkennen, dass auch *für den Geschädigten* der Schaden in dem *Ablenken* liegt. Ausserdem ist nun bei dieser Auffassung das „aquam enim arcere hoc est curare, ne influat" verständlich. Denn sollte der Schaden im *Zufluss* bestehen, dann hätte ja gerade der Nachbar dies „curare, ne influat" ausser Acht gelassen. Die gegnerische Erklärung (s. bei Burckhard a. a. O. S. 236), er habe diese Vorschrift sehr wohl beachtet, denn er habe ja das Wasser von seinem eigenen Grundstücke abgehalten, ist doch höchstens ein schlechter Witz — Ich kann nun aber darin Burckhard nicht beistimmen, dass die Klage, die Paulus gewähren will, die actio doli sei. Man darf doch nicht ausser Acht setzen, dass von dieser Klage nun eben einmal nicht die Rede ist. Labeo spricht von der actio a. pl. a. Mit Recht weist Pernice a. a. O. S. 62 A. 2 darauf hin, dass Burckhard dem „si modo" nicht gerecht wird. Burckhard übersieht völlig dieses „modo", wenn er übersetzt: „Diese Ansicht ist noch richtiger, wenn" u. s. f. Dazu kommt, dass die Basiliken die Uebersetzung Burckhards nicht stützen, da sie, wie wir sahen, geradezu übersetzen: „Wenn ich nur um meines Nutzens Willen, nicht dir zu schaden, abwende." Man wird also nicht umhin können, anzunehmen, dass Labeo die actio a. pl. a. gewähren will, aber wieso? Als utilis, und zwar aus Billigkeit, wie Rewoldt S. 693 meint? Von beiden ist in der Stelle nichts zu lesen. Oder weil, wie Rewoldt ferner meint, Notstand vorliegt? Auch von dem ist nicht die Rede[1]. Was meint also Paulus? Es ist folgendes zu beachten. In allen Fällen, in denen die Römer die actio a. pl. a. ge-

---

1. Vgl. hiergegen bes. Burckhard a. a. O. S. 234.

währen, bewegt sich die schädigende Handlung eigentlich im Rahmen der Rechtsausübung oder sie ist wenigstens kein Unrecht, d. h. im Grunde genommen nicht rechtswidrig. Das damnum, um welches es sich hier handelt, ist, wie wir bereits oben S. 31 sahen, kein damnum injuria datum.[1,2] Dessen Merkmale können also nicht für massgebend erachtet werden. Die Römer stellten daher für das damnum der actio a. pl. a. andere, besondere Erfordernisse auf (vgl. oben S. 30 ff.); sie verlangen ein opus manufactum, ein influere u. s. f.; worauf des näheren einzugehen, hier nicht der Ort ist. Aber der gleiche Umstand, der das Vorliegen eines eigentlichen damnum im Rechtssinne, d. h. injuria datum ausschliesst, bewirkt, dass der Begriff des Spezial-damnum der actio a. pl. a. auch nicht unfehlbar ist. So ergibt sich die Notwendigkeit, bald jene Klage zu versagen, obgleich ihre Voraussetzungen zutreffen (z. B. im Falle einer Servitut l. 2 § 10 D. h. t. u. a.), bald die Klage zu geben, obgleich ihre Voraussetzungen nicht vorliegen, so in der später zu besprechenden l. 2 § 5 D. h. t.

---

1. Schneider über die Erfordernisse der actio a. pl. a. in Lindes Zeitschrift Bd. V meint, die Klage gehe dahin, ein widerrechtliches damnum zu verhüten. Warum mühten sich aber dann die Römer so ab, die Veranlassungen des Schadens, welcher die a. a. pl. a. rechtfertigt, festzustellen? Wer ferner annimmt, dass der Schaden prinzipiell widerrechtlich ist, der muss leugnen, dass an dieser Stelle von chikanöser Rechtsausübung die Rede ist. Schneider selbst kommt S. 356 auf die actio doli.

2. Das „flumen torrentem avertere" kann daher an sich auf zweierlei gehen: a. Den Fluss von dem eigenen Grundstück ablenken; dies würde sich als Ausübung des Eigentumsrechts darstellen. b. Einen ausserhalb des Grundstücks fliessenden Fluss ablenken; hier kann nicht von einer Rechtsausübung gesprochen werden, es ist aber keine an sich rechtswidrige Handlung. Nur im ersteren Falle ist eine chikanöse Rechtsausübung denkbar; nur diesen Fall hat daher der obige Text im Auge.

Es sind eben dann nicht mehr streng juristische Momente, sondern solche wirtschaftlicher Natur, welche für die Frage massgebend sind, ob für einen Schaden, der durch eine an sich nicht widerrechtliche Handlung verursacht ist, Entschädigung, bezw. Beseitigung der schädigenden Anlage etc. gefordert werden kann. So auch im vorliegenden Falle. Labeo verneint die Zuständigkeit der Klage, weil er den rechtlichen Gesichtspunkt für ausschlaggebend erachtet, weil die Klage eben einmal auf curare, ne influat gehe. Paulus bestätigt diese Entscheidung und zwar die ganze, Tenor, Thatbestand und Entscheidungsgründe; mit dem allem, so meint Paulus, habe Labeo ja ganz Recht,[1] — si modo, — freilich mit jener Beschränkung. Dabei hebt er hervor, was im Grunde genommen die wesentlichen Gesichtspunkte für die actio a. pl. a. sein sollen, nämlich Momente wirtschaftlicher Art. Das: „ne sibi noceat“ heisst also: Solange der Oberlieger nur um seine Kultur besorgt ist, solange soll die Entscheidung des Labeo zutreffend sein. Warum aber, so könnte man fragen, lassen dann die Römer nicht ein für alle Mal den wirtschaftlichen Gesichtspunkt entscheiden? Der Grund liegt auf der Hand: Es bedarf eines strikten Merkmals; als solches wird ein für alle Mal das influere gefordert. Dieses sowie das Erfordernis des opus manufactum tragen regelmässig schon äusserlich

1. „quae sententia verior est“. Dass „verior“ nur diese Bedeutung hat (nicht: „diese Ansicht ist noch richtiger“, wie Burckhard a. a. O. meint, vgl. o. S. 41), liegt auf der Hand. Mit Recht bemerkt Pernice a. a. O. S. 62 Anm. 2: „Einen Komparativ von verus gibt es logischer Weise nicht.“ Dies ist offenbar dahin zu verstehen, dass logischerweise dieser in der Digestenstelle durchaus logische Komparativ nicht durch unseren Komparativ übersetzt werden soll; bekanntlich bedient man sich im lateinischen der Komparativform auch zur Verstärkung des Positivs. In dieser Bedeutung steht verior in den Quellen häufig; z. B. l. 4 § 28 D. 41, 3: verius est.

den Charakter einer schädigenden Handlung. Wer dem Nachbarn Wasser aufs Grundstück schickt, hat die Vermutung für sich, dass er hierbei kein erhebliches Kulturinteresse hat; wer das Wasser für sich behält, hat vermutlich ein Interesse daran. Aber das sind eben alles keine unfehlbaren Kriterien, es gibt Fälle, wo die Wasserentziehung, die, wie gesagt, im Zweifel auf eigenes Kulturinteresse zurückzuführen ist, eines solchen dennoch entbehrt. Dann ist aber nicht mehr einzusehen, weshalb der geschädigte Nachbar nicht dagegen reagieren soll. Daher argumentiert Paulus, Labeo habe ganz recht, solange der Oberlieger nur sein Kulturinteresse im Auge habe; wo dies nicht der Fall sei, wo im Gegenteil geradezu die Schädigung des Nachbarn bezweckt sei (während beim Kulturinteresse es immer darauf ankommt, dass der Oberlieger den eigenen Schaden abwenden will), solle der regelmässig ausschlaggebende Gesichtspunkt des curare, ne influat nicht massgebend sein. Also Paulus gibt dem Nachbarn die actio a. pl. a. (ob wir sie als actio utilis bezeichnen, thut dann nichts mehr zur Sache), aber, und dies ist nun der für mich hier wesentlichste Gesichtspunkt, nicht in erster Linie mit Rücksicht darauf, dass der Oberlieger seinem Nachbarn Schaden zufügen will, denn in diesem Falle wäre eine Deliktsklage gerechtfertigt, sondern aus dem negativen Grunde, weil der Oberlieger nicht sein eigenes Kulturinteresse fördern will. Darauf kommt es an. Dass es auf das nocere nicht ankommt, wollte ich bereits oben damit andeuten, dass ich sagte, „wo im Gegenteil gerade die Schädigung des Nachbarn bezweckt sei.“ Dies ist für Paulus der krasseste Fall des Fehlens des eigenen Kulturinteresses. Es sind aber andere Fälle denkbar, in denen, ohne dass die Absicht zu schaden vorliegt, doch jedes Kulturinteresse fehlt. Man denke, der Oberlieger lenkt den Fluss ab, um ihn über Felsgestein zu einem herrlichen Wasserfall zu leiten, oder er stellt Berieselungsversuche an, die ihm selbst gar keinen

unmittelbaren kulturellen Nutzen bringen. In diesen Fällen fehlt der animus vicino nocendi durchaus. Kann nun der Unterlieger, der durch jene Experimente (also, wie wir annehmen, infolge Entziehens von Wasser) geschädigt ist, klagen oder nicht? Wer in der von Paulus gewährten Klage lediglich eine Klage gegen die böswillige Rechtsausübung erblickt, muss die Frage verneinen. Man muss aber zugeben, dass auch der animus, ne sibi noceat, nicht vorliegt; schon dies muss zu der Ansicht führen, dass es auf das „ut tibi noceat" nicht ankommt. Ich kann daher Pernice, welcher a. a. O. lediglich konstatiert, dass der Jurist hier eine Klage nicht nennt, nicht beistimmen, wenn er die zuvor besprochene l. 1 § 12 D. 39.3 als ergänzend heranzieht. An dieser Stelle gibt, wie wir sahen, Ulpian in einem Falle des animus nocendi die actio doli, während Paulus dieselbe hier mit keiner Silbe andeutet. Aber auch jene Stelle muss uns nunmehr in anderem Lichte erscheinen: Auch dort gilt das Entziehen des Wassers nicht als eine die actio a. pl. a. begründende Schadenszufügung, aber auch dort nur, solange dieses Entziehen zur Hebung der eigenen Landwirtschaft erfolgt. Das ist an jener Stelle für Marcellus das ausschlaggebende, wenn er sagt: nil posse agi, nec de dolo actionem. Wie in der l. 2 § 9 Paulus die Ansicht Labeos auf den Fall der Förderung des eigenen Kulturinteresses einschränkt, so thut dies in der l. 1 § 12 Ulpian mit der Ansicht des Marcellus. Und wenn Ulpian für den Fall des animus nocendi die actio doli gewährt, während Paulus offenbar nur an die actio a. pl. a. denkt, so liegt hierin kein Widerspruch. Denn beide Juristen halten sich an das, was von den durch sie citierten Juristen (Marcellus und Labeo) angeregt worden ist. Marcellus hatte die actio doli in den Mund genommen. Ulpian greift dies auf; natürlich würde er für den Fall des animus agrum suum meliorem faciendi auch die actio a. pl. a. verneinen und wohl kaum ein Bedenken tragen, für den Fall, dass

dieser animus fehlt, die actio a. pl. a. zu gewähren (freilich dann ohne die nur ergänzend Platz greifende actio doli); aber gefragt, ob nicht die actio doli zuständig sei, gibt er diese für den Spezialfall des animus nocendi. Wenn Paulus in l. 2 § 9 nicht von der actio doli spricht, so zeigt dies nur, dass es ihm vor allem auf das Fehlen der Forderung des eigenen Kulturinteresses ankommt. Dass in dem von ihm selbst erwähnten Falle des animus nocendi direkt die actio doli Platz greifen könne, leugnet er gar nicht. Aber wozu die actio doli, wenn er schon die actio a. pl. a. geben kann?

Soviel zunächst hier über diese beiden Quellenstellen, auf die wir später, nach Betrachtung der andern, nochmals eingehend zurückgreifen werden.[1]

1. Anders fassen die meisten Schriftsteller diese Stelle auf. Schweppe, das röm. Privatrecht I, S. 311 meint von l. 1 § 12, D. 39, 3: „Hier erfolgt die Veränderung gegen das von der Natur geschaffene nachbarliche Verhältnis", es handle sich also um eine Abweichung, aus welcher keine Regel zu bilden sei. Nur um dieser Abweichung willen leugnet er das Chikaneverbot im Allgemeinen; im vorliegenden Falle will er es, wie mir scheint, nicht in Abrede stellen. Aber ich kann auch nicht erkennen, worin das Abnormale des Falls liegen soll. — Burckhard a. a. O. S. 239 sieht in diesen Fällen Chikaneverbote. Doch will er hierin nur Ausnahmen der Haftung des Eigentümers erblicken, die auf spezielle Fälle zu beschränken seien; es sei (vgl. a. a. O. N. 26) insbes. in l. 1 § 12, D. 39, 3 ein Fall, in welchem die Rücksichtnahme auf Chikane durchaus erklärlich sei. — Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 194 sieht die Entscheidung in l. 2 § 9, D. 39, 3 dadurch bewirkt, dass ein nur faktisch genossener Vorteil entzogen wird. Er schliesst dies auch aus dem curare, ne influat. Aber offenbar will Paulus diesen von Labeo angeführten Gesichtspunkt für die actio a. pl a. nicht gelten lassen. — Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. III S. 395 zieht aus l. 1 § 12, D. 39, 3 sogar die ganz allgemein veraltete Konsequenz, dass diese Anlagen in aemulationem alterius widerrechtlich seien und die actio doli begründen; hierüber s. u. § 5 ff. Wendt,

Zunächst wenden wir uns der Betrachtung einer anderen Stelle zu: l. 38 D. de rei vind. 6, 1: Da ihre Interpretation erfordert, dass man sie in ihrer Vollständigkeit ins Auge fasse, muss ich die lange Stelle hier gänzlich wiedergeben: In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias . . . . Diese Stelle hat eine sehr verschiedenartige, aber nirgends befriedigende Auslegung erfahren. • Sie ist eine der Hauptstützen für die Lehre von der Chikane im römischen Recht.

Die Stelle handelt vom Ersatze der impensae und vom jus tollendi. A hat, ohne es zu wissen, ein dem Verkäufer nicht gehöriges Grundstück gekauft und als bonae fidei

---

a. a. O. S. 154 sieht die Kompetenz der actio a. pl. a. im Falle der l. 2 § 9, D. 39, 3 lediglich in der Chikane. — Bekker, Bd. I § 22 Teil I will diese Stellen damit erklären, dass hier Handlungen in Frage stehen, welche die körperliche Beschaffenheit der Nachbarsache verändern, also mittelbare Eingriffe in das Eigentum des Nachbars sind. Singulär ist hier mehr die Erlaubnis als das Verbot." Aber handelt es sich nicht auch in anderen Fällen, wo die actio a. pl. a. doch klipp und klar versagt wird, um Handlungen, welche so gut wie die hier in Frage stehenden die Beschaffenheit der Sache verändern? Und vor allem: was fängt Bekker bei dieser Erklärung mit dem „animus nocendi" an?

possessor auf demselben gebaut und gepflanzt. Nun unterliegt er dem vindicierenden Eigentümer; wie steht es mit dem Gebauten und Gepflanzten? Ein guter Richter wird je nach den Personen und Umständen verschieden urteilen. Man erwartet zunächst vielleicht etwas anderes, nämlich die Einteilung nach impensae necessariae, utiles und voluptuariae. Aber der Jurist sagt gar nicht, zu welcher dieser drei Klassen er das Gebaute und Gepflanzte zählt. Es kommt ihm auch hier gar nicht auf diese Frage an, denn er geht offenbar davon aus, dass an sich die Ersatzpflicht des Vindikanten begründet ist. Es ist weder in dem ersten Falle, den der Jurist demnächst vorträgt, von nützlichen Aufwendungen die Rede, noch im zweiten Falle von Luxusausgaben, wie dies regelmässig angenommen wird. Hiervon ist keine Silbe angedeutet. Die Fälle liegen vielmehr hinsichtlich der Aufwendungen selbst durchweg gleich. Es sind bauliche und Pflanzanlagen gemacht (erstere, wie das spätere tectorium und picturae zeigen, im weiten Sinne verstanden) und es wird angenommen, dass an sich die Ersatzpflicht begründet sei. Der Jurist unterscheidet aber folgende Fälle: a. dominum eadem facturum fuisse, b. dominum pauperem, c. personam domini, quae receptum fundum mox venditura sit. Unter dem dominus zu a) ist also offenbar der reiche, wohlhabende zu verstehen, der dives dominus. Ganz in diesem Sinne erläutert Schol. 1 zu Bas. XV, 1,38: *καὶ αυτὸς γὰρ εὔπορος ὢν τὰ αὐτὰ ’έμελλε τῷ ἐναγομένῳ ποιεῖν* u. s. f. Heimbach übersetzt: „Quippe si dives est“ u. s. f. Jenem ersten Falle tritt dann als weiteres Erfordernis hinzu, dass der Eigentümer diese Impensen auch gemacht haben würde: es sind dies Alles Kriterien, die weder auf notwendige noch auf mögliche noch auf Luxusausgaben schliessen lassen; an sich sind alle drei hier denkbar. Im Falle zu b) ist dann vom dominus pauper die Rede, der so arm ist, dass er für den Fall des Ersatzes seine Hausopfer und Ahnengräber

missen müsste, also blutarm ist, der soll nicht zum Ersatze verpflichtet sein, vielmehr muss sich ihm gegenüber der bonae fidei possessor damit begnügen, dass er wenigstens, was er kann, von seinen Anlagen fortnimmt, nur darf er das Grundstück dadurch nicht verschlechtern. An sich liegt der Fall ganz wie oben, d. h. der dominus ist an sich ersatzpflichtig; aber er ist so arm, dass davon Abstand genommen werden soll; der bonae fidei possessor soll in diesem Falle kein Recht auf Ersatz haben, sondern soll nur (sufficit permitti) das Recht auf Wegnahme, das jus tollendi haben. Also sekundär hat er dieses Recht, in erster Linie hat er den Ersatzanspruch. Unzutreffend geben daher die Basiliken die Stelle wieder, wenn sie a. a. O. sagen: *εἰ δὲ πένης ἐστίν, ἐφεῖταί μοι περιελεῖν.* Quodsi pauper sit, permittitur mihi tollere (Heimb.). Dies kann nämlich auch heissen: Wenn er aber arm ist, habe ich auch das Recht, während es heissen muss: „habe ich nur das Recht"; es fehlt jenes wichtige „sufficit". — Also vom armen Eigentümer kann nur Duldung des tollere beansprucht werden. Aber, sagt der Jurist weiter, wenn der dominus (natürlich der pauper, denn der dives muss Ersatz leisten) bereit ist, dem bonae fidei possessor zu ersetzen, was die weggenommenen Sachen für ihn wert sind, so bleibt ihm die Wahl zwischen diesem Ersatz und der Duldung des tollere. Im Falle dieser Bereitwilligkeit des dominus pauper besteht für ihn eine alternative Verpflichtung, sie besteht also schlechthin: der bonae fidei possessor dagegen hat ein Recht nur auf das tollere.[1] Dem, was er bis dahin

1. So meint es wohl auch Rewoldt a. a. O. S. 61; nur drückt er sich verzweifelt kompliziert aus, wenn er sagt: „ein alternatives Recht (tollere, Wertersatz), bei dem die Wahl dem Evinzierenden zusteht." Dann ist es doch eben für den sog. Berechtigten, den bonae fidei possessor kein Wahlrecht mehr. Es besteht nur eine alternative Pflicht des dominus, den Wert zu ersetzen oder das tollere zu dulden; er hat auch das Wahlrecht.

erörtert, fügt nun der Jurist jenes: neque malitiis indulgendum est u. s. f. hinzu. Wie ist dies zu verstehen? Gänzlich unhaltbar ist, was Rewoldt a. a. O. S. 694 annimmt: der Jurist gäbe hier eine Erklärung, warum der dominus das Wahlrecht habe; nämlich, weil das tollere oft aus Chikane ausgeübt wurde, soll er ein für alle Mal jene Wahl haben. Das heisst doch eben, es solle dem jus tollendi gesteuert werden! Diese Erklärung missversteht aber die ganze Stelle. Wie wir sahen, sagt der Jurist, der arme Eigentümer (der eigentlich auf Ersatz hafte) brauche nicht zu ersetzen, es solle ihm vielmehr nachgelassen werden, sich nur das tollere gefallen zu lassen. Oder, um noch deutlicher zu werden: Der dominus pauper klagt mit der rei vindicatio sein Grundstück ein; der bonae fidei possessor macht impensae geltend. Eigentlich haftet nun der dominus, aber er repliziert: Ich bin ein dominus pauper; wenn ich reddo impensas, laribus sepulchris avitis carendum habeo begnüge dich also mit dem tollere. Also der Eigentümer selbst bittet den bonae fidei possessor um das tollere, weil er nicht geneigt ist, Ersatz zu leisten. Es wird also nicht das impensas reddere an Stelle der Duldung des tollere nachgelassen, sondern es ist grade umgekehrt die Härte des impensas reddere gemildert. Der Gesetzgeber nimmt also an, dass dem Eigentümer lieber ist, das tollere zu dulden, als die Impensen zu erstatten. Für den wirklich Armen heisst es also: „Vogel, friss oder stirb.“ Es bleibt ihm eigentlich nicht viel übrig. Mag ihm das tollere des bonae fidei possessor noch so fatal sein, was will er machen, wenn er kein Geld hat, ihn zu entschädigen. Die aequitas erheischt daher eine Milderung dieser harten Lage, der dominus pauper soll nämlich mit einem billigeren Ersatze loskommen als der Reiche. Dieser muss, wie wir sahen, den ganzen Mehrwert bis zur Höhe des aufgewendeten Betrags ersetzen. Der Arme aber soll nur (wenn er überhaupt ersetzen will) das ersetzen müssen, was die Sachen

dem bonae fidei possessor wert sind, wenn er sein jus tollendi ausgeübt hat (tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis). Ein trefflicher Kniff des Gesetzes, so gut wie Shyloks Urteil. Nun gerät der bonae fidei possessor in die Klemme; denn der Richter sagt zu ihm: Du verlangst Ersatz; schön, der Kläger soll dir zahlen, was die Sachen wert sind, wenn du sie weggenommen hast. Oft verzweifelt wenig! So wird dem dominus erleichtert, das tollere abzuwenden, denn der bonae fidei possessor darf erst wegnehmen, wenn der Vindikant keinen Ersatz gewährt. Wenn nun dieser Ersatz gleich Null ist, wenn also die Impensae nach der Wegnahme überhaupt keinen Wert mehr haben, wie z. B. abgekratzte Tünchung und abgekratzte Gemälde? Ja, dann erhält eben offenbar der bonae fidei possessor nichts (wohlverstanden vom armen Vindikanten, denn nur von dem ist jetzt die Rede). Er verlangt Ersatz, der dominus pauper hat die Wahl, ihn auf das tollere zu verweisen oder ihn mit dem abzufinden, was die Aufwendungen weggenommen wert sind. Also erhält der bonae fidei possessor für seine Impensen gar nichts, darf aber auch dieselben nicht wegnehmen, wenn 1. der Vindikant arm ist, 2. er den Wert ersetzen will und 3. der Wert gleich Null ist. — Jener Zusatz: Neque malitiis indulgendum est u. s. f., kann nun nicht mehr zweifelhaft sein. Das mag hart scheinen, meint etwa der Jurist; aber in der That ist dies durchaus nicht der Fall. Denn wollte man dem auf solche Weise leer ausgehenden bonae fidei possessor nun doch wiederum das jus tollendi einräumen, so würde man die reine Bosheit schützen, da die Sachen, wenn sie weggenommen sind, ja nichts wert sind: neque malitiis indulgendum est.[1]

---

1. Anklänge an diese Erläuterung habe ich nur sehr vereinzelt gefunden. So vor allem in der unten (§ 5) angeführten

Ich ziehe nun das Resultat aus dieser ausführlichen Erörterung.

1. Meine Darstellung weicht von der, die Rewoldt, auf den oben Bezug genommen wurde, a. a. O. gibt, erheblich ab. Auch Rewoldt stellt den Fall dar, als ob das tollere das primäre Recht des bonae fidei possessor wäre, welchem

---

Dissertation des Thomasius. Er sagt bez. der Behandlung dieser Stelle durch die früheren Pragmatiker: Ego vero, ut ingenue fatear, nescio plane, quid sit verba captare eaque in alienissimum sensum torquere, si hoc non est. Damit meint er, dass aus der besprochenen Stelle herausgelesen wurde, dass das jus tollendi nicht zur Chikane ausgeübt werden dürfe. Thomasius fährt dann fort, dass es der dominus sei, der das tollere, weil er nicht Ersatz leisten wolle, gewähre. Wo dies tollere nicht gestattet wäre, sei der Grund der, dass der Schädigende eben kein Recht habe, also insofern eine malitia begehe. So wenig befriedigend diese letztere Erklärung ist, so ist es doch anzuerkennen, dass Thomasius feststellt, dass ein primäres jus tollendi des bonae fidei possessor nicht besteht, sondern dass ihm das Recht gewissermassen erst vom Vindikanten gewährt wird. Schweppe a. a. O. § 146 sieht das Kriterium der Entscheidung darin, dass die Impensen durch die Wegnahme vernichtet werden; aber im Grunde kommt es nicht hierauf, sondern darauf an, dass die Wegnahme wegen der Vernichtung für den Wegnehmer dann keinen Wert mehr hat, also der Vindikant nicht zu ersetzen braucht. Was Schweppe meint, wenn er hinzufügt: „Aber hier handelt es sich von Vernichtung eines fremden Erwerbs durch Adjunktion“, ist mir nicht verständlich. — Bekker, Pand. I, § 22, Beil. I nähert sich der im Text vertretenen Ansicht; er sagt: Man könnte aus der evident singulären Entscheidung des Celsus mit gleichem Fuge (wie ein Chikaneverbot) eine allgemeine Bevorzugung der Pauperes gegenüber wohlhabenden herauslesen.“ B. beachtet also doch, dass an der Stelle der „pauper“ eine Rolle spielt. Aber auch er scheint mir mit Unrecht anzunehmen, dass das jus tollendi principiell bestehe, jedoch nur „soweit die Sache einigen Wert habe“. Mit Recht bemerkt Pernice a. a. O., S. 61, N. 2: „Die Stelle sagt davon nichts, wie mir scheint, nicht ohne Grund; denn was heisst: einigen Wert haben?“

Recht gegenüber dem dominus (und zwar jedem, das „pauper“ übersieht R. völlig) nachgelassen wird, Ersatz zu leisten. R. übersieht auch, dass es sich dann um einen weit geringeren Ersatz als im Normalfalle handelt.

2. Die Auffassung steht in Widerspruch mit der sämtlicher Lehrbücher. Windscheid insbes. sagt Pand. I § 195 a. E. ganz allgemein: „die Wegnahme darf nicht zur Chikane geschehen.“ Wie wir sahen, ist aber nicht die Chikane das massgebende dafür, dass der bonae fidei possessor die Sache nicht wegnehmen darf, sondern der Umstand, dass der dominus pauper sich für den Ersatz entscheidet. Die Chikane ist nur die ratio legis dafür, dass an Stelle dieses Ersatzes da, wo dieser gleich Null ist, nicht wieder das jus tollendi gewissermassen restituiert wird. Man kann also nicht sagen, die Wegnahme sei, wenn sie nur zur Chikane erfolge, nicht gestattet, da eben in der Stelle von einem „Gestattetsein“ gar nicht die Rede ist, vielmehr der dominus das tollere zu gestatten hat. Es ist aber

3. auch unrichtig, zu sagen, der dominus brauche sich das Wegnehmen dann nicht gefallen zu lassen, wenn es für den bonae fidei possessor ohne pekuniären Nutzen ist (so Dernburg I S. 541). Denn einmal kann, wie wir sahen, der dominus pauper sich immer für Ersatz entscheiden; aber auch, wo die Wegnahme ohne pekuniären Nutzen ist, ist dieser Umstand nur das Motiv für die Entscheidung des dominus, lieber Ersatz dh. nichts zu leisten. Man kann aber nicht sagen, dass der Nichtwert der Grund seines Wahlrechts überhaupt oder gar der Unausführbarkeit des jus tollendi sei.[1]

1. Wächter, Pand. I, § 67, Beil. III begeht folgende Fehler: a) Er nimmt das jus tollendi nur für den Aufwand an, für welchen kein Ersatz verlangt werden kann. Dies ist unzutreffend, da in l. 38, wie wir sahen, die natürliche Voraussetzung ist, dass es sich um ersatzfähigen Aufwand handelt. b) Er sagt, das jus tollendi greife nicht Platz: α) wenn das Wegzunehmende nach der Trennung weder

4. Leistet der dominus pauper da, wo die res ablatae wirklich noch etwas wert sind (denn nur in diesem Falle wird er sich hierfür entscheiden) nicht Ersatz, dann muss er sich eben die Wegnahme gefallen lassen und wenn das Wegnehmen aus reiner Bosheit geschieht. Die Entscheidung ist auch durchaus richtig; denn die res ablatae haben ja dann noch einen Wert, wie will denn der dominus dem bonae fidei possessor da beweisen, dass er nur aus Chikane handle?

5. Auch manche Schriftsteller, welche in Abrede stellen, dass das römische Recht ein allgemeines Chikaneverbot gekannt habe, sehen in l. 38 lediglich einen Ausnahmefall, in welchem das Gesetz die chikanöse Rechtsausübung verbiete. So u. a. Unger, System S. 616 Anm. 20. Auch er liest aus l. 38 heraus, dass der Besitzer, welcher der Vindikationsklage unterliegt, dasjenige, was er mittelst eines Aufwandes, der ihm nicht vergütet wird, auf die Sache verwendet hat, nicht wegnehmen darf, wenn ihm dies keinen Nutzen bringt und blos zur Chikane des Gegners dient. Also auch er übersieht, dass in l. 38 kein begründetes Recht abgeschnitten wird,[1] dass vielmehr nur das Recht einem chikanösen Handeln nicht zu Hülfe kommt. Das ist doch

an sich noch für den Wegnehmenden einen Wert hätte, dieser es also aus blosser Malice zerstören wollte. β) Wenn der Eigentümer bereit ist, denjenigen Wert zu ersetzen, den das Weggenommene nach der Wegnahme noch haben würde. — Dass die Unterscheidungen zu b) dem Inhalte der l. 38 nicht entsprechen, sollte die Textdarstellung beweisen.

1. Also nicht, wie Pernice a. a. O. S. 61 meint: „eine an sich zuständige Befugnis, deren nutzlosem Gebrauche entgegen getreten werden soll." Es ist ja gar keine chikanöse Rechtsausübung zu befürchten, da doch der Vindikant die Wahl hat; entscheidet er sich dennoch für die Duldung des tollere, nun dann beweist dies, dass die weggenommenen Sachen noch Wert haben, und dann beweise einer die Malice!

zweierlei! — Auch Wächter, Würt. Prr. II. S. 195 sagt: „Nur ausnahmsweise lassen in einigen Fällen die Gesetze die Ausübung eines Rechtes nicht zu, wenn dem Berechtigten erweislich blos die Absicht leitete, dem Gegner zu schaden.“ In Note 10 erklärt W. die l. 38 dahin, dass sie blos von Veränderungen spreche, die der Besitzer einer fremden Sache an der ihm nicht gehörigen Sache vornehmen will; sie beschränkt die Befugnis dazu auf ihr gehöriges Mass dahin, dass sie nicht zum Schaden des Eigentümers missbraucht werden dürfe. Diese Erklärung wird dem allerdings recht verzwickten Inhalte der l. 38 doch nicht gerecht. — Brinz, Pand. I S. 659 spricht unter Citierung der l. 38 von Luxusausgaben, welche nur das jus tollendi geben und „auch diese nur insoweit der Kläger nicht soviel bietet, als die Sache wert ist.“ L. 38 spricht aber weder von Luxusausgaben, noch gibt sie schlechthin ein jus tollendi, noch spricht sie vom Wert der Sachen schlechthin.

Wir wenden uns der Betrachtung einer andern Stelle zu: l. 2 § 5 D de aqua et aquae.[1] Es handelt sich darum, ob die actio a. pl. a. Platz greift, wenn die Wasserflut einen Damm auf dem Grundstücke meines Nachbars niederreisst und dadurch mein Grundstück schädigt. Varus, der den Fall vorträgt, entscheidet, es komme darauf an: sei der Damm eine natürliche Anlage gewesen, so sei die Klage nicht begründet, sei er dagegen manufactus gewesen, dann finde die Klage, „si memoria ejus non exstat“, nicht statt, wohl aber, wenn diese Bedingung zutreffe. Labeo aber ist anderer Ansicht; auch „si memoria ejus non exstat,“ finde die Klage statt, das Alter solle also das Recht ersetzen: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem,

1. Vgl. über diese Stelle Burckhard bei Glück, Bd. 39, 40. Th. 3, S. 608 ff und Pernice Labeo II 1. S. 58, 59.

quod jure facere possit. Die Erklärung dieser Begründung hat Schwierigkeiten bereitet.[1] Mir scheint die einzig annehmbare und ganz natürliche Auslegung die folgende zu sein. Labeo will seine Entscheidung, dass auch die Zerstörung des agger manufactus, etiamsi memoria ejus non exstat, die actio a. pl. a. rechtfertige, begründen. Er thut dies, indem er sagt: Denn mit dieser Klage kann zwar Niemand gezwungen werden, seinem Nachbar zu nützen, wohl aber ihm nicht zu schaden und ihn in seinen rechtmässigen Handlungen nicht zu hindern. Also Labeo will nicht, wie die von Burckhard a. a. O. S. 618 angeführte zweite „Möglichkeit" einer Deutung dieser Stelle annimmt, die Verschiedenheit der Entscheidungen beim Falle des agger naturalis und des agger jure factus, also zugleich die Versagung und die Gewährung der Klage motivieren. Jenes vorhin erwähnte ist vielmehr sein Hauptzweck und diese Begründung gibt er am besten damit, dass er sagt, worauf es überhaupt ankommt, weshalb beim agger naturalis die actio a. pl. a. versagt wird: nämlich weil hier von einem rechtlichen Zustand keine Rede war, der Widerstand des Nachbars gegen Wiederherstellung des Dammes also kein Nocere, sondern lediglich Versagen eines Prodesse sei; auf Nocere komme es jedoch an. Wenn es aber hinwiederum hierauf ankomme, dann greife, sagt Labeo, die actio a. pl. a. auch dann Platz, wenn die memoria non exstat. Burckhards Fehler würde hiernach in der unzutreffenden Uebersetzung liegen; er übersetzt: „Denn mit dieser Klage kann Niemand gezwungen werden." Das folgende „sed" schreit nach dem „zwar", das eben der Lateiner nie ausdrückt. — Schwierigkeiten hat auch der Schluss der Stelle: quamquam tamen u. s. f. bereitet.[2] Die herrschende Ansicht nimmt an, Paulus wolle hiermit

1. Vgl. insbes. Burckhard a. a. O. S. 616.
2. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 621.

auch im Falle des agger naturalis eine Klage und ein Interdikt gewähren. Ich halte diese Erklärung für die einzig richtige, und zwar aus logischen Gründen.[1,2] Wenn Paulus sagt: „Obwohl jedoch die actio a. pl. a. nicht stattfindet", so setzt er hiermit eine bisher nicht bestrittene und wohl bekannte Thatsache voraus, — er muss dies voraussetzen, sonst ist diese Redeweise unlogisch. Wollte Paulus hiermit eine neue Ansicht vortragen, so würde ihn der Vorwurf treffen, dies überhaupt nicht hervorgehoben zu haben. Ferner: deutet nicht das starke attamen auf Widerspruch? Wozu gleich so donnern, wenn kein Mensch ihm widerspräche! Ferner ist die äussere Form zu beachten: Paulus spricht wieder in der ersten Person, — mihi competere, — während dies kurz zuvor nicht der Fall war. Es sieht aus, als habe Paulus so recht gegen das: non posse me cogere des Alfenus Varus sein: attamen opinor mihi competere setzen wollen. Der Grund für die abweichende Ansicht des Paulus ist: haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur. Und die Billigkeit hinwiederum ist darin zu finden, dass der Damm, welcher Art er auch sei, dem Geschädigten nützlich ist, und den Eigentümer des Grundstückes, auf welchem er stand, nicht schadet.[3] Also das Resultat, das wir brauchen, ist: Ist der agger naturalis in fundo alieno, durch Wasserflut zerstört, so steht dem geschädigten Nachbarn die actio a. pl. a. utilis zu, um vom Eigentümer des anderen Grundstücks die Duldung der Wiederherstellung zu verlangen.

---

1. Burckhard a. a. O. teilt nicht die herrschende Ansicht; ich muss hier wegen Raummangels auf eine Anführung und besondere Widerlegung seiner Auffassung verzichten.

2. A. M. Hesse a. a. O. S. 182: „Paulus gesteht zu, dass die actio a. pl. a. eigentlich in keinem der gedachten Fälle streng genommen begründet sei."

3. Qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.

Um in dieser Quellenstelle eine Bekämpfung chikanöser Rechtsausübung zu erblicken, müsste man folgendermassen argumentieren: Will der Eigentümer des Grundstücks, auf welchem der Damm stand, sich dessen Aufbau widersetzen, so ist dies Chikane, so geschieht dies nur aus Bosheit, daher soll der Nachbar gegen diesen Widerstand klagen können. Hiergegen ist zu bemerken, dass die Stelle von einer böswilligen Rechtsausübung keine Silbe sagt; sie sagt nur, dass der agger factus dem Eigentümer nicht schaden werde. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass der klagende Geschädigte erst beweisen muss, dass der Andere keinen Schaden habe, oder auch nur so, dass der Eigentümer des agger etwa einredeweise die Klage dadurch abwenden könnte, dass er darthut, der Damm schade ihm, resp. die Wiederherstellung desselben.[1] Eine solche Bedingung hätte vom Juristen in entsprechender Form zum Ausdruck kommen müssen. Qui (agger) factus mihi (u. s. f. vgl. N. 3 S. 57) bedeutet aber: Ein Damm, dessen Errichtung doch offenbar nicht u. s. f. Die vorangehende Entscheidung soll also begründet, aber nicht eingeschränkt werden. Wäre das „prodesse" und „non nocere" Klagevoraussetzung, so liesse sich wohl das prodesse beweisen, aber wie das „non nocere" und letzteres von wem? Wenn den Beklagten der Beweis trifft, wird er in gewissem Sinne jeder Zeit ein Nocere beweisen können. — Sei nun aber das non nocere Klagevoraussetzung oder Begründung der Entscheidung, in keinem Falle kann man sagen, dass ich, wenn ich mich einer Sache, die mir nicht schadet, widersetze, böswillig handle. Wozu würde das führen! Man würde die Rechtsausübung für unzulässig erklären, weil die Nichtausübung nicht schadet.[2]

---

1. So, d. h. als Klagebedingung, fasst Rewoldt a. a. O. S. 686 offenbar die Stelle auf; mir scheint, auch Burckhard S. 621.

2. Dass der hieraus abgeleitete Satz: „Quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id poteris compelli", falsch ist, ist längst er-

Das non nocere auf der einen und das prodesse auf der anderen Seite vermag aber etwas anderes zu bewirken, und das hebt ja auch der Jurist deutlich genug hervor: es begründet die aequitas, d. h. dass es billig ist, Jemandem ein treng genommen ihm nicht zustehendes Recht zu geben, wodurch freilich das Recht eines Anderen verkürzt wird.[1] Aber dabei ist eben doch der Gesichtspunkt ein anderer als bei der Chikane; denn es soll einem Rechtlosen geholfen, nicht aber einem Berechtigten entgegengetreten werden, d. h. es kommt dem Rechte darauf an, dass dem Nichtberechtigten etwas zukommt, dass aber damit dem Berechtigten etwas genommen wird, darum ist es dem Rechte doch gar nicht zu thun. Das Recht sieht ja im Widerspruche des Berechtigten gar nichts Böses, Bekämpfenswertes; dies kommt denn auch in der Klage zum Ausdruck; es findet keine actio doli statt. Es ist fast wunderbar, dass man gerade diesen Fall einer aus Billigkeitsgründen gewährten Klage (actio utilis) gewählt hat, um damit die Lehre von der chikanösen Rechtsausübung zu stützen. Man könnte durchaus folgerichtig von jeder aus Billigkeit gewährten Klage dasselbe sagen; denn überall, wo dem einen ein Recht eingeräumt wird, wird dem Anderen seine Freiheit verkümmert. Aber

---

kannt, aber die unzutreffende Auffassung jener Stelle bleibt bestehen. Vgl. Mühlenbruch Comm. 38 S. 192 N. 19, Weber natürl. Verbdlk. § 101 N. 5, Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts S. 473 N. 2, sowie Entsch. i. d. Blättern f. Rechtsanw. Erg. b. zu Bd. 31, 32 S. 318 ff.

1. Wenn also Pernice a. a. O. S. 59 sagt: „Es ist klar, dass der Richter angewiesen wird, aus Billigkeit einzuschreiten, um die Schärfe des Eigentumsrechts abzustumpfen", so wird hiermit der Ton lediglich auf die Kehrseite des dem Geschädigten eingeräumten Rechts gelegt. Zuzugeben ist nur, dass dieses Recht in der Rechtsbeschränkung des Anderen vor allem zu Tage tritt. Vgl. die Fortsetzung im Text.

es kommt doch stets darauf an, ob diese Rechtseinschränkung das wesentliche oder nur das notwendige Uebel ist, welches die Gewährung eines Rechts als Kehrseite häufig und vor Allem in dem besprochenen Fall zur Folge hat.

Gänzlich verfehlt ist der Versuch in l. 3 pr. D. de oper. publ. 50,10 ein Chikaneverbot zu erblicken.[1] Macer: Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat. Ein Privatmann darf einen Neubau (d. h. hier eines öffentlichen Gebäudes, vgl. tit. de operibus publicis) auch ohne kaiserliche Erlaubnis errichten, ausser wenn es „ad aemulationem alterius civitatis" geschieht. Diese harmlose Stelle ist es, aus welcher fast die gesamte gemeinrechtliche Litteratur jenes Bauverbot „ad alterius aemulationem" konstruiert hat.[2] Dabei hat das Wort „aemulatio" die abenteuerlichsten Uebersetzungen erfahren. Ich habe nirgends, auch da nicht, wo man jenes allgemeine Verbot keineswegs aus dieser Stelle herausliest, eine befriedigende Erklärung gefunden. Namentlich scheint die Auffassung unzutreffend es handle sich darum, öffentlichen Unruhen vorzubeugen;[3] diese Auffassung lässt sich von dem folgenden „vel materiam seditionis praebeat" leiten, und schiebt dann dem

1. Vgl. Gesterding a. a. O. S. 393, Schweppe a. a. O. S. 311, Fritz, Erl. z. Wening-Ingenheim I S. 496, Sintenis, Pfandr. § 50 S. 473, N. 2. Wächter, Württ. Pr. § 32, N. 8, Rewoldt a. a. O. S. 693. Arch. f. d. civ. Pr. XVIII 370.

2. S. die betr. Schriftsteller u. § 5.

3. So. z. B. Hufeland, über den eigentümlichen Geist des röm. R. Bd. I S. 92. Auch Hommel, rhsaps. obs. 520 sagt: ne ex imitandi studio simultates, suspiciones, immo bella oriantur, principem consulendum suadet, ne forte detrimento alterius civitatis tale publicum opus exstrueretur". Eine merkwürdige Auffassung!

Ersten dieselbe Bedeutung unter, während doch „vel“ darauf deutet, dass es sich um verschiedenes handelt. Rewoldt a. a. O. S. 696 übersetzt: ausser wenn es zum Wetteifer mit einem anderen Gemeinwesen geschieht. Das wäre doch eine höchst sonderbare Bestimmung. Hat man je etwas davon gehört, dass zwei Gemeinwesen in Krieg und Aufruhr geraten, weil eines ein schöneres Theater hat als das andere! Bei Kindern kommt dergleichen ja vor, aber in der späteren römischen Kaiserzeit war es wohl kaum zu befürchten. — Sintenis a. a. O. sagt: Es handelt sich um einen Teil der byzantinisch-römischen Bauordnung, wo jus publicum dem jus privatum entgegen tritt. Die Stelle sei dahin zu verstehen, dass ein Privatmann auf seine Kosten öffentliche Bauten übernimmt, um einer Stadt oder Provinz damit ein Geschenk zu machen und zwar zum Wetteifer mit einer anderen Stadt. Von einem solchen Geschenk ist an der Stelle keine Silbe zu lesen: und was soll man dann wieder mit dem: „Wetteifer“ anfangen? Wetteiferte man damals, Städten und Provinzen Geschenke zu machen, oder sollte, was doch nur erstrebenswert ist, verhindert werden, dass eine Stadt ein schöneres Theater habe als eine andere? — Der ganze Fehler liegt in der unzutreffenden Uebersetzung des Wortes „aemulatio.“ Es bedeutet hier „Konkurrenz“. Der Gedanke ist offenbar der, dass ein Privatmann ohne kaiserliche Erlaubnis ein öffentliches Gebäude nur dann errichten dürfe, wenn dasselbe nicht erbaut wird, um einem anderen, ähnlichen von einem Gemeinwesen errichteten Bau Konkurrenz zu machen. Dabei ist vor Allem an Bauten zu denken, die durch ihre Benutzung durch das Publikum dem Eigentümer einen pekuniären Gewinn bringen, also z. B. Bäder, Markthallen, auch Theater. — Es wird also die freie Konkurrenz eingeengt, vermutlich sollte insbesondere die unlautere Konkurrenz betroffen werden. Von Chikane ist hier nichts zu lesen. Denn einmal handelt

es sich um eine Bestimmung des öffentlichen Rechts, um eine Polizeiverordnung, welche die Frage des privatrechtlich erlaubten oder unerlaubten nicht berührt. Ferner aber wird auch von der öffentlich rechtlichen Einschränkung mit nichten ein Recht betroffen; von Rechtsausübung ist gar nicht die Rede; betroffen wird das, was der Entwurf des B. G. B. „die auf Grund der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung“ nannte. — Angesichts dieses Resultats muss man sich nur wundern, dass l. 3 pr. D. 50.10 sich bei Windscheid Pand. I § 121 N. 3 als Belegstelle für das gemeinrechtliche Chikaneverbot findet.

Auch l. 2 § 20 D. vi bon. rapt. 47, 8 wird zur Begründung des Chikaneverbots herangezogen.[1] Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia. Pernice a. a. O. unterstellt: der Publikane übe seine Befugnis nur aus, um den Eigentümer zu schädigen; sonst seien die Schlussworte der Stelle ganz unverständlich. Denn für die Haftung des Publikanen wegen Einsperrung des Viehes genüge, wie man aus l. 29 § 7 D. ad. leg. Aqu. 9, 2 wisse, Fahrlässigkeit, hier werde aber ausdrücklich dolus gefordert, also Schädigungsabsicht; ohne diese wäre die actio vi bon. rapt. nicht denkbar, die doch hier gleichfalls (etiam) für statthaft erklärt werde. Dieselbe Auffassung hat Rewoldt, nur dass er dazu bemerkt, der dolus konkurriere nicht mit Rechtsausübung, da eben eine Rechtsüberschreitung des Publikanen vorliege. Diese Auslegung scheint mir in keiner der beiden Formen haltbar. Der Jurist sagt nämlich nicht, wie Pernice übersetzt: „die actio vi bon. rapt. ist gleichfalls statthaft; sondern er sagt: „die

1. Pernice Labeo S. 61 u. ders. Sachbeschädigung S. 44; Rewoldt a. a. O. S. 696.

actio legis Aequiliae ist gleichfalls statthaft." Das ist ein sehr wesentlicher Unterschied. Dieses gleichfalls (etiam) ist nun aber nicht, wie es Pernice und besonders Rewoldt versteht, als „neben" im Sinne einer Klagenkonkurrenz zu verstehen; vielmehr meint der Jurist: dann, wenn der Publikane das Tier so eingesperrt hat, dass es nichts zu fressen bekommt und vor Hunger krepiert, dann, d. h. in diesem anderen Falle haftet er schon nach der lex Aequilia. Also mit „sane dolo caret" ist die erste Frage, ob der Publikane, welcher irrtümlich gepfändet hat, mit der actio vi bon. rapt. hafte, für den Juristen abgethan: natürlich, sagt er, haftet der Publikane nicht, denn von dolus ist ja keine Rede. Mit dem, was er dann weiter ausführt, will er aber keineswegs ein Beispiel für solchen dolus geben. Erstens denkt der Jurist gar nicht an einen solchen Fall, dass nämlich (wie Pernice annimmt) „der Publikane bei der Pfändung im Recht ist, dass er aber seine Befugnis nur ausübt, um den Eigentümer des Viehs zu schädigen." Dann wäre ja auch die rechtswidrige Absicht des Publikanen, sein dolus, eben nur auf das Einsperren und Verhungernlassen gerichtet gewesen (also nur Schädigungsabsicht), und doch soll grade das Wegnehmen, wie Pernice selbst zugibt, ein erlaubtes gewesen sein, während die actio vi bon. rapt. offenbar verlangt, dass sich der dolus auf das Wegnehmen, das Rapere bezieht. Nach der Erklärung, welche Pernice gibt, würde hier der Jurist aus dem auf Sachbeschädigung gerichteten dolus eine actio vi bon. rapt. entspringen lassen. Das ist aber doch ganz undenkbar. Ferner ein logisches Moment: Es wäre doch durchaus unlogisch zu sagen: „Wenn jedoch der Publikane dolose das Vieh hat umkommen lassen, dann soll auch die actio legis Aequiliae Platz greifen." — Es liegt vielmehr genau der Fall der l. 29 § 7 D. ad leg. Aqu. 9,2 vor: nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est.

Gewiss genügt Fahrlässigkeit zur Begründung der actio legis Aquiliae. Aber einmal steht hier nicht, dass es sich um Fahrlässigkeit handelt (im Gegenteil sieht der Fall doch sehr nach dolus aus); ferner wird aber die Klage im Falle des dolus keine andere und zum Mindesten ist nicht einzusehen, wie dolose Sachbeschädigung ein an sich berechtigtes capere zum vi rapere machen soll.[1] — Um also zu rekapitulieren: Der Jurist verneint die Zuständigkeit der actio vi bon. rapt. und zwar, weil er den dolus vermisst; mit Recht, denn der Publikane vermeint sich in der Erfüllung seines Amtes. Aber, fährt der Jurist — und zwar von der actio vi bon. rapt. absehend und auf eine ganz andere Frage übergehend — fort: Hat der Publikane das Vieh dolos zu Grunde gerichtet, dann haftet er schon mit der lex Aquilia, etiam, d. h. auf die Frage der Zuständigkeit der actio vi bon. rapt. mit Rücksicht auf die unrechtmässige Pfändung braucht man sich dann gar nicht mehr einzulassen. Es konkurrieren eben zwei scharf auseinander zu haltende Handlungen, eine nicht unerlaubte (nämlich die objektiv unrechtmässige, aber subjektiv ohne dolus vorgenommene Pfändung) und eine unerlaubte (nämlich die Sachbeschädigung). Will man auf Grund der dolosen Sachbeschädigung das nicht unerlaubte rapere zum Raube, also zu einer böswilligen Rechtsausübung machen, so liegt der Fall wie der von Binding Normen II, S. 291 erzählte: Nach gemeinem Rechte war die Brandstiftung

1. Rewoldt a. a. O. sagt: „Die Rechtsüberschreitung berechtigt zur actio vi bonorum raptorum nur dann, wenn sie mit dolus verbunden ist: ne pascatur et ut fame periret.“ Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, wie es juristisch möglich sein soll, dass der auf Sachbeschädigung gerichtete dolus das ohne vis nicht vorhandene Delikt des Raubes begründen soll. — Auf kriminalistischem Gebiete wird niemand eine solche Behauptung aufstellen. Nur „vi“ vorgenommene Sachbeschädigung gibt auch die actio vi bonorum raptorum. Darum handelt es sich in der Stelle keinesfalls.

begangen an dem eigenen Hause extra oppidum eine erlaubte Bethätigung des Eigentumsrechts: Wenn nun der Eigentümer das Haus ansteckt, damit seine schlafende Frau in dem brennenden Hause den Tod finde, stellt sich das nicht als eine dolose Rechtsausübung dar? Dies verneint Binding mit vollem Rechte.

Ich kann somit an dieser Stelle nicht die leiseste Spur von dolosem Rechtsmissbrauch finden.

Dasselbe gilt für mich von l. 39 pr. ad leg. Aqu. 9,2 (Pomponius): Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnans erat, ejecit: quaerebatur, dominus ejus possetne cum eo, qui coegisset, lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.[1] Auch hinsichtlich der Erklärung dieser Stelle kann ich mich den Ausführungen von Pernice a. a. O. und Rewoldt a. a. O. nicht anschliessen. Der einfache Sinn der Stelle ist nicht sowohl zweifelhaft, als der darin steckende Rechtssatz. Es frägt sich, ob jemand mit der Actio legis Aquiliae haftet, wenn er eine fremde trächtige Stute von seinem Grundstücke vertreibt und diese Stute dabei dadurch zu Schaden kommt, dass sie wirft. Die Frage ist begreiflich; denn es handelt sich darum, ob in dem Vertreiben eine Verschuldung liegt, ob zwischen dem Vertreiben und dem Schaden ein Zusammenhang besteht, welcher dem Cogens angerechnet werden kann. Voraussetzung der Haftbarkeit ist in diesem Falle selbstverständlich, dass der Wegtreibende wusste, sah, dass die Stute trächtig ist, denn nur dann kann dem Cogens der mit der Trächtigkeit zusammenhängende Schaden zugerechnet werden, da der Eigentümer eines Grundstücks offenbar an sich berechtigt ist, eine fremde Stute von demselben zu vertreiben. In

1. Pernice Labeo S. 59; ders. Sachbeschädigung S. 43. Rewoldt a. a. O. S. 695.

der That erblickt auch bei dieser Voraussetzung Quintus Mucius in dem blossen „cogere" keine die actio legis Aquiliae begründende schuldhafte Handlung. Er fordert mehr, ein „percutere", d. h. ein Stossen; oder ein „consulto vehementius agere". Was heisst dies? Agere ist gleich cogere; ein blosses vehementius agere genügt nicht, gilt aber offenbar noch nicht einmal als culpa levissima; vielmehr nur, wenn es consulto geschah. Dies consulto kann nur heissen: unter Voraussehung der möglichen Folgen, obwohl er wusste oder wissen musste, dass mit Rücksicht auf den Zustand der Stute das Treiben allzuschnell (vehementius) geschah.[1] In diesem Falle soll eine die actio legis Aequiliae begründende culpa vorliegen. Von „Billigkeitsgründen" oder „arger Gesinnung des Eigentümers"[2] kann ich also nichts finden, insbesondere nicht, dass die Absicht, grob drein zu fahren, ohne weiteres angenommen wird, wenn man auf eine trächtige Stute losprügelt.[3] Abgesehen davon, dass solches in der Stelle nicht zum Ausdruck gebracht ist, ist doch zu beachten, dass nicht das gute oder schlechte Herz die actio legis Aquiliae ausschliesst oder begründet, sondern die culpa, also Wille und Verstand. Es fragt sich in der Stelle lediglich: konnte der Treibende absehen, dass die Stute beim Wegtreiben werfen würde. Der Jurist meint, dies könne man nur annehmen, wenn das Treiben unmittelbar (percutere) oder mittelbar (consulto vehementius agere) für die Stute eine derartige körperliche Anstrengung erzeugte, dass der Treibende jene Möglichkeit voraussehen musste. Hier kommt die Billigkeit und die Gesinnung nicht in Frage. Was Pomponius dann hier zufügt, ist allerdings nur, wie Pernice a. a. O. bemerkt, „sehr weise." Aber ich kann auch in dieser Zufügung nicht finden, dass Pomponius

---

1. In dieser Deutung stimme ich Rewoldt a. a. O. bei.
2. Pernice a. a. O.
3. Pernice a. a. O.

in dem Satze des Quintus Mucius eine Billigkeitsregel ausgedrückt fand. Pomponius gibt gute Lehren, man solle also, meint er, fremdes Vieh wie eigenes wegtreiben. Warum? Rewoldt: Weil sonst Rechtsüberschreitung vorliegt.[1] Aber warum liegt sonst Rechtsüberschreitung vor? Pernice (so verstehe ich ihn): das verlangt die Billigkeit. Aber offenbar meint doch Pomponius: suum pecus praegnans nemo percutit nec consulto vehementius agit; wer also fremdes Vieh wie sein eigenes wegtreibt, der ist sicher vor Schadensersatz; sonst haftet er für Schaden.[2] Es sind wirklich nur weise Lehren, wie man es anstellen müsse um nicht mit der lex Aquilia in Konflikt zu kommen. Daher meint endlich Pomponius, am sichersten sei es schon, wenn man das Vieh ohne ihm zu schaden wegführt, oder gar den Herrn bittet es zu holen. Pomponius meint dabei nicht: das ist billig, sondern, das ist klug und weise, seid ja, wenn ihr einmal in eine solche Lage kommt, vorsichtig![3]

Rewoldt leugnet die Rechtsausübung. In der That kann von einer solchen nicht mehr die Rede sein, wenn in der betreffenden Handlung der Thatbestand des damnum injuria datum zu erblicken ist; aber Rewoldt hat nicht Recht, wenn er sagt, das percutere und vehementius agere sei an sich schon Rechtsüberschreitung, weil man fremdes

1. Wieso Pomponius damit, dass er sagt: „Fremdes Vieh muss man wie eigenes treiben," eine Begründung dafür geben soll, dass sonst Rechtsüberschreitung vorliege (Rewoldt a. a. O.), ist mir unklar.

2. „si quid ex ea causa damnum cepit" (§ 1 l. c.) gibt keinen Sinn; aber auch „quod" nicht, wie Mommsen helfen will; wogegen „si quis" ein Subjekt für das folgende „habet proprias actiones" abgibt.

3. Auch Bauke, in dem u. S. 191 genannten Buche, erblickt in der Stelle ein Chikaneverbot.

Vieh wie sein eigenes treiben müsse. Ein merkwürdiger Rechtssatz, der in der That in dieser Form nirgends existiert. Allerdings, sagt R., begründe diese Rechtsüberschreitung die actio l. A. erst, wenn dolus und culpa vorhanden seien. Aber der Fall zeigt doch deutlich genug, dass erst der dolus und die culpa das agere zur Rechtsüberschreitung machen, dass in dem blossen agere aber eine Verschuldung nicht erblickt werden soll.

Es handelt sich eben auch hier wieder um zwei von einander zu scheidende Handlungen. Jeder darf fremdes Vieh wegtreiben, aber niemand darf es schuldhaft beschädigen. Wer die hieraus entspringende Haftung auf Rechtsmissbrauch gründet, der lässt den Totschläger wegen Missbrauchs seines Rechts an der Mordwaffe haften.

Völlig kann ich Rewoldt in seiner Erklärung der l. 45 § 4 D. ad Aqu. 9, 2 beistimmen . . . illum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit. Rewoldt sagt mit Recht[1]: das ferire reicht nur soweit, als die Notwehr es gebietet, darüber hinaus liegt Rechtsüberschreitung vor. Pernice[2] bekämpt dies, indem er sagt: ulciscendi causa heisst: animo ulciscendi. Es werde also die Absicht hervorgehoben, welche das Recht zum Unrecht mache. Aber handelt es sich nicht vielmehr um die Ursache des ferire? Ausdrücklich wird das ferire gestattet, conceditur, d. h. für Recht erklärt, wenn seine causa, d. h. seine Ursache, Veranlassung das tueri, nicht jedoch, wenn sie das ulcisci war. Pernice scheint anzunehmen, es liege nur ein Missbrauch der Notwehr vor, wenn sie ulciscendi causa erfolge. Aber in Wahrheit liegt bei Rache eben keine Notwehr mehr vor. Und in der That „sieht man an der Qualität, wo die Notwehr aufhört,[3] indem nämlich dadurch, dass das ferire ulcis-

1. A. a. O. S. 696.
2. A. a. O S. 60 Anm. 1.
3. Pernice a, a. O.

cendi causa für unzulässig erklärt wird, ein für die erlaubte Notwehr durchaus wesentliches, jedoch vorher weggelassenes Moment hinzugefügt wird: nämlich das „in praesenti", „in continenti", die Notwehr ist Notwehr nur, wenn die Verteidigung unmittelbar auf den Angriff folgt; erfolgt das ferire ulciscendi causa, so ist es, wie dies der Begriff der Rache ergibt, keine Verteidigung, keine Notwehr mehr; zu deren Begriff gehört, dass sie „tuendi causa" ausgeübt wird. Notwehr ulciscendi causa ist eine contradictio in adjecto. Auf strafrechtlichem Gebiete wird dies Niemand bezweifeln, warum sollte es auf civilrechtlichem anders sein? § 53, Abs. 3 Str. G. B. spricht von der Ueberschreitung der Notwehr. Niemand wird, was ulciscendi causa geschah, als Ueberschreitung der Notwehr hinstellen; denn es geschah eben nicht mehr „tuendi causa".

Wir wenden uns anderen Quellenstellen zu. In l. 10 D. de serv. praed. 8, 2 wird die Frage aufgeworfen, ob der Erbe die „aedes legatas" durch Höherbauen des von ihm ererbten Hauses verdunkeln dürfe. Die Frage wird bejaht, jedoch mit der Einschränkung: sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione. Derselbe Fall steht in l. 30 D. de usufr. 7, 1: quod usque adeo temperandum est, ut non in totum aedes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant. Der Sinn der Stellen ist unzweifelhaft, fraglich ist auch hier die ratio legis. Pernice a. a. O. S. 58 führt den Fall einerseits auf die Billigkeit, andererseits auf den vermutlichen Willen des Erblassers zurück.[1] Mir scheint, dass auf alle Fälle das eine das andere ausschliesst. Ist es der Wille des Erblassers, wozu

1. So (auf den vermutlichen Willen des Erblassers beruhend) auch Thomasius in der u. § 5 genannten Dissertation § 27.

dann die Entscheidung auf die Billigkeit stützen? Aber vom auch nur mutmasslichen Willen des Erblassers sagt die Stelle nichts. Zweifellos handelt es sich um eine Sonderbestimmung für das Verhältnis zwischen dem Erb- und Vermächtnishaus.[1] Das bringt mir aber immer noch keine Lösung. Mir scheint, dass man die Stellung der lex im Titel de servitutibus praediorum urbanorum mehr beachten muss. Es handelt sich hier eben weniger darum, ob der Erbe ein Recht hat, höher zu bauen, als vielmehr darum, ob der Legatar ein Recht hat, das Höherbauen zu verbieten.[2] Diese Frage wird verneint, weil der Legatar keine soweit gehende Servitut hat,[3] wohl aber braucht er sich nicht gefallen zu lassen, dass ihm das ganze Licht genommen wird, was doch nichts anderes heissen kann, als dass er eine begrenzte Servitut hat (servitus ne lumimibus officiatur). Das Merkmal für den Umfang dieser Servitut gibt Marcellus dahin an: habitari potest et aedibus obscuratis (l. 10 D. 8, 2) und Paulus sagt in l. 30 D. 7, 1 quoniam habitari potest etiam obscuratis aedibus.[4] Ist dies der Grund, so ist die Servitut zu geben, sowie das Verdunkeln einen solchen Grad erreicht, dass der Legatar in seinem Hause nichts mehr sieht, es also nicht mehr bewohnen kann. Woher kommt aber diese Servitut? Die römische Auffassung neigt allerdings, wie es scheint, dahin, dies auf den Willen

---

1. So auch Vangerow I § 342 Anm. 1.

2. Windscheid, Pand. I § 169 N. 6 erklärt die Stelle „aus der Natur des Vermächtnisses". Aber wieso soll sich diese Beschränkung aus der Natur des Vermächtnisses erklären?

3. So auch, wie wir sahen, in der diesen Stellen vorangehenden l. 9.

4. Schilter in seiner u. § 5 genannten Abhandlung entscheidet sich auch für eine Servitut: Quod ergo licebit, vicino penitus recludere lumen, in certa parte aedium vicini id quidem imposita servitute licebit. — Hinsichtlich des Masses der Verdunkelung erläutert er: „ne vicino in meridie lucerna opus sit".

des Erblassers zurückzuführen (cf. l. 15 § 1 D. de usu et usufr. D. 33, 2: verba: secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede). Aber, wie betont, es ist dies nur die Auffassung und Konstruktion der römischen Juristen.[1] Es ist aber nicht einzusehen, weshalb alsdann der Wille des Erblassers nicht noch weiter ausgedehnt werden soll, auf vollständige Servitus altius non tollendi oder ne luminibus officiatur. Man wird sich also für eine gesetzliche Beschränkung des Eigentums entscheiden müssen. Aber in welchem Sinne? Als eigentliche gesetzliche Servitut oder als gesetzliche Beschränkung des Eigentums im Sinne einer sog. Legalservitut? Oder mit anderen Worten: Was ist das wesentliche: die Beschränkung des Bauens oder Höherbauens oder das Recht auf Licht?[2] Ich entscheide mich für das erstere. Denn beide Quellenstellen erwähnen kein Rechtsmittel, welches dem Legatar zustände. Hiernach stellt sich die Verdunkelung nicht als Eingriff in ein besonderes Verbietungsrecht des Legatars dar, nicht als Verletzung einer ihm zustehenden Servitut, sondern lediglich als Verletzung seines Eigentumsrechts, begründet also nicht die actio confessoria, sondern die negatoria. Der Fall unterscheidet sich also in nichts von allen übrigen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. Dass

1. Rewoldt a. a. O. S. 685 meint auch: „Die Vorschrift beruht auf der vorausgesetzten Absicht des Erblassers, dass auch der Legatar die legierte Sache solle gebrauchen können.“ Soweit reicht aber das Denken und die Absicht des Erblassers nicht. Bestehen insbesondere begründete Rechte Dritter, so kann der blosse Wille des Erblassers nicht genügen, um sie aufzuheben. Nach der Entscheidung des Marcellus soll aber die Beschränkung im Höherbauen auch für das nicht ererbte Haus des Erben gelten.

2. Bei Glück IX S. 77 u. S. 83 wird die Entscheidung auf die Annahme einer stillschweigend vermachten Servitut zurückgeführt, Bd. X S. 83 wird jedoch in l. 10 D. 8, 2 eine gesetzmässige Beschränkung des Höherbauens erblickt.

Beschränkungen der Art, wie sie uns in diesem Falle entgegentreten, vorkamen, möchte ich nicht sowohl auf l. 1 Cod. de aedif. priv. 8, 10[1] stützen, als vielmehr auf die Thatsache, dass im römischen Recht geradezu eine servitus altius tollendi und servitus officiendi luminibus vicini vorkamen. Man wundert sich über diese Erscheinung, weil ja höher zu bauen und dem Nachbar das Licht zu nehmen, jedem Grundstückseigentümer zustehende Rechte seien. Dabei führt man sie meist auf nur lokale Gewohnheiten zurück. Aber abgesehen davon, dass die Stellen, in welchen uns jene auffallenden Servituten entgegentreten, keinerlei Andeutungen über dergleichen lokale Gewohnheiten enthalten,[2] liegt es doch viel näher, anzunehmen, dass allgemeine gewohnheitsrechtliche Baubeschränkungen bestanden, von denen uns in den besprochenen Stellen einige Beispiele geboten werden.

In gleicher Weise handelt es sich auch in l. 14 § 1 Cod. de serv. 3, 34 lediglich um gesetzliche Eigentumsbeschränkung: der Eigentümer darf auf seinem Grundstücke nicht so bauen, das der Tenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird.

Ganz zweifellos sind es Gründe der Billigkeit, welche zu den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen führen: es liegen offenbar auf Seite derer, denen sie zu Gute kommen Billigkeitsansprüche vor. Aber es scheint mir doch nicht möglich, hieraus den Satz zu gewinnen, dass Rechtsmissbrauch der Rechtsüberschreitung gleich stehe.[3] Denn einmal kann von einer Rechtsausübung nicht mehr die Rede sein, wenn das Gesetz den Umfang des Rechts auf

1. So bei Glück. X S. 83.

2. Bekannt ist nur das Zeno'sche Gesetz für Konstantinopel, welches von τὸ ἀρχαῖον σχῆμα μηδαμῶς παρεξιέναι spricht: damit kann auf eine alte städtische Gewohnheit, aber ebensogut auf eine allgemeine angespielt sein.

3. Pernice a. a. O. S. 57.

ein bestimmtes Mass zurückführt und dieses Mass überschritten wird. Aber auch wenn man eine gesetzliche Beschränkung des Eigentumsrechts in diesen Fällen in Abrede stellt, ist damit nicht gesagt, dass die Ausübung eines Rechts zum Schaden eines Anderen auf böser Gesinnung beruht. Gewiss spielt, wie nochmals betont sein mag, die Billigkeit eine Rolle, aber nicht mit Rücksicht darauf, dass in der Rechtsausübung eine Bosheit zu erblicken und darum eine Rechtsüberschreitung anzunehmen wäre. Denn von Bosheit ist gar keine Rede. Der Höherbauende hat ja möglicherweise ein erhebliches Interesse am Höherbauen und vielleicht thut es ihm sogar bitter weh, seinen Nachbar so kränken zu müssen; nur ist er sich selbst der Nächste. Dass hier das Gesetz eingreift, geschieht nur, weil es das Interesse des Geschädigten grösser, beachtenswerter findet, als das des Nachbars: also zwei kollidierende Interessen, von denen das geringere preisgegeben wird. Dass etwa darin schon eine Bosheit liegt, dass man ein geringeres Interesse dem grösseren nicht freiwillig opfert, wird niemand behaupten. Bosheit ist nur da denkbar, wo dem Handelnden das eigene Interesse fehlt.

Dieser Gesichtspunkt waltet auch in der Nov. 63 pr. u. cap. 1 ob. Es handelt sich hier um Umgehung des Gesetzes, nicht um Bosheit gegenüber demjenigen, welchem die Aussicht aufs Meer verbaut wird. Denn nicht das ist es, was der Bauende will, sondern sein Haus. Dieses Interesse, ein Haus an gewisser vorteilhafter Stelle zu haben, wird dem Interesse des Anderen, die Aussicht aufs Meer zu haben, geopfert. — Einen gänzlich anderen Gedanken freilich findet Ihering, Jahrb. 6, S. 106, Anm. 13 in dieser Novelle: Er meint, Justinian habe hier den Gesichtspunkt zur Geltung gebracht, dass man sich ungewöhnliche durch einen vernünftigen Grund nicht gestützte Handlungen nicht gefallen zu lassen brauche. Aber ist es etwas so un-

gewöhnliches, innerhalb 100 Fuss, etwas so unvernünftiges, ein Haus mit der Aussicht aufs Meer zu bauen? Grade dieser Fall zeigt, dass die von Ihering a. a. O. gemachte Unterscheidung, es komme für die Frage, was im Nachbarrecht erlaubt sei und was nicht, lediglich darauf an, ob etwas, weil ungewöhnlich, unvernünftig, absolut nicht zu dulden sei oder nicht — nicht zutreffend sein kann. Denn oft muss der eine weichen, nicht weil er kein Interesse hat, sondern weil er das geringere Interesse hat, mag es noch so „gewöhnlich", noch so „vernünftig" sein.[1,2]

Wir wenden uns der l. 27 D. de pign. 20,1 zu. Hier fragt sich, ob der Schuldner, welcher den verpfändeten Sklaven „ex levissima offensa vinxit", dem Gläubiger, welcher beim Verkauf des so wertlos gewordenen Sklaven zu kurz gekommen ist, auf Ersatz haftet. Der Jurist nimmt also, wie er ausdrücklich bemerkt, an, dass nullam crediti nomine actionem esse, quia forte ceciderat. Marcellus meint: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Hierzu bemerkt Ulpian: Si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.[3] Ein Sklave ist hypothekarisch verpfändet worden, der Schuldner bleibt im Besitze desselben. Er hat ihn gegebenenfalls auf Grund der dinglichen Pfandklage an den Gläubiger herauszugeben. Es erhebt sich dabei die Frage, haftet er dem Gläubiger dafür, dass die Pfandsache, also hier der Sklave, wertloser geworden ist? Die Quellen schweigen, so viel ich sehen kann, fast gänzlich über diese

---

1. Gegen Iherings Theorie auch Bauke a. a. O. S. 22.

2. Vgl. über die l. 10 D. 8, 2 u. l. 30 D. 7, 1. Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim I S. 49 und Thomasius a. a. O.

3. Vgl. über die Stelle Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 4 und Windscheid Pand. II § 382 Z. 2.

Frage. Die allgemeine Ansicht[1] ist die, dass man zwar keine positive auf Erhaltung der Sache gerichtete Thätigkeit des im Besitze der Pfandsache verbleibenden Schuldners verlangen könne, dass der Gläubiger jedoch gegen positives Deteriorieren reagieren könne. So drückt sich auch l. 9 pr. D. de pign. act. 13,7 aus: (Ulpian) si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus est, dicendum est, locum habere contrarium judicium. Also für malitiöses, d. h. offenbar doloses Verschlechtern der Pfandsache haftet nach Ulpians Äusserung der Schuldner auf Grund der actio pigneraticia contraria. Nunmehr wird auch l. 27 D. 20.1 verständlich. Hier ist jedoch, wie vor allem zu beachten ist, die Frage gänzlich anders gestellt. In l. 9 pr. D. 13.7 fragte es sich: kann der Gläubiger gegen die Verschlechterung reagieren? Ob durch das „malitiose in pignore versari" der Gläubiger einen Schaden erlitten hatte, stand nicht in Frage. Anders in l. 27, hier ist der Gläubiger durch die Entwertung des Sklaven geschädigt. — Marcellus erwähnt hier die actio pigneraticia contraria auch nicht andeutungsweise; vielmehr verweist er auf andere Klagen (actio ad exhibendum, actio legis Aquiliae und actio injuriarum), aber auch dies nicht für den Fall des blossen vincire, wo er nur die Hülfe des Praetors als wohl am Platze erachtet. Marcellus erwähnt die actio pigneraticia mit Recht nicht; denn um den Fall, wo diese gegeben wird, handelt es sich offenbar

1. So Baumeister, Hamburger Privatrecht Bd. 1 S. 178: „Dem rechtmässigen Interesse des Hypothekengläubigers widerstreitet jede seine Sicherheit gefährdende willkürliche Wertverringerung des Grundstücks durch den Eigentümer". Dies bezieht sich freilich auf das Immobilienpfandrecht. — Dernburg a. a. O. S. 4: „Er (der Gläubiger) hat gegen den Verpfänder, der noch im Besitze ist, die actio pigneraticia in personam contraria, wodurch er ihn wegen jedes Benehmens, das gegen die bona fides verstösst, zur Rechenschaft zieht." -- Ebenso Seuffert, Arch. XXXVII 99.

nicht; absichtliches Ruinieren, Verschlechtern des Sklaven liegt nicht vor; vielmehr hatte der Herr eine, wenn auch nur geringe Ursache zur Züchtigung; diese war sein Zweck und man kann nicht sagen, „eum malitiose in pignore versatum esse", auch dann nicht, wenn er im Jähzorn bis zur Tötung gegangen ist. Hat also der Gläubiger Schaden erlitten, so bleiben ihm nur jene Klagen. Ist der Sklave getötet, so kann der Gläubiger mit der actio ad exhibendum Schadensersatz verlangen; ist dem Sklaven ein Auge ausgestossen, so soll die Actio legis Aquiliae und die actio injuriarum Platz greifen; bei blossem vincire jedoch hat der Jurist Bedenken: es ist ihm offenbar fraglich, ob der Schaden des Gläubigers in diesem Falle dem Schuldner zugerechnet werden kann; doch neigt er zur Bejahung der Frage und empfiehlt den geschädigten Gläubiger dem praetorischen Schutze. — Ulpian aber gibt einen bestimmten Anhalt: Er legt Gewicht darauf, ob der Schuldner den animus nocendi gehabt habe, oder ob dies deshalb ausgeschlossen gewesen sei, weil der Sklave die Züchtigung verdient habe. Nur im ersten Falle hafte der Schuldner. Aber mit welcher Klage? Pernice a. a. O. S. 60 glaubt, die actio legis Aquiliae sei gemeint. Aber sind dann die Gesichtspunkte Ulpians die massgebenden? Greift die actio legis Aquiliae nur bei animus nocendi Platz? Und kann Ulpian meinen, wenn der Sklave die Züchtigung verdient habe, sei auch nicht einmal mehr von culpa levissima die Rede. Wenn wir jene l. 9 pr. D. 13.7 zum Vergleiche heranziehen, wo derselbe Ulpian den Schuldner mit der actio pigneraticia contraria haften lässt, si malitiose in pignore versatus sit, so kann man sich der Annahme nicht verschliessen, dass das der Fall des: si, ut creditori noceret. vinxit, ist. Ulpian denkt also offenbar an die actio pigneraticia contraria. Es tritt also hier Ulpian nicht, wie Pernice a. a. O. meint, dem Marcellus entgegen. Wie sollte er

auch.“ An den Fall des nocere hat Marcellus gar nicht gedacht; hätte er ihn im Auge gehabt, so hätte er vielleicht auch keinen Anstand genommen, die von Ulpian gewährte Klage zu geben. Es ist also nicht die Billigkeit und die Gesinnung, welche zu einer an sich nicht kompetenten Klage führt, sondern der Jurist nagelt fest, dass bei dolosem Verhalten des hypothekarischen Pfandschuldners die actio pigneraticia contraria gegeben sei.[1]

Gegen Rewoldts Anführungen a. a. O. ist hinsichtlich dieser wie anderer Stellen folgendes zu bemerken. Seine Beweisführung beweist im Grunde genommen gar nichts. Er sagt, das vincire des Sklaven sei Rechtsüberschreitung. Erstens ist, wie wir sahen, das blosse vincire des Sklaven keine Rechtsüberschreitung. Woraus entnimmt denn Rewoldt, dass es Rechtsüberschreitung sei? Erst der dolus bewirkt dies: er bezieht sich auf eine Handlung, die an sich gar nicht Ausübung eines Rechts ist. Das Gegenteil anzunehmen, beruht auf einer Täuchung. Bevor ich auf diese näher eingehe, wollen wir eine der eben besprochenen sehr ähnliche Stelle ins Auge fassen:

l. 17 § 1 D. de usufr. 7,1 lautet: Ex eo, ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit? Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coercitionem habere, si modo sine dolo faciat. Rewoldt a. a. O. argumentiert wie oben dargethan: der Herr dürfe den zum Ususfruct hingegebenen Sklaven züchtigen, aber wenn es aus einem anderen Motiv als zur Strafe geschehe, dann sei es Unrecht. Pernice

1. Es ist also nicht anders, als wenn z. B. erklärt wird, der Depositar hafte wegen dolus und culpa lata. Ist die Sache durch seine geringe Fahrlässigkeit beschädigt worden, so haftet er nicht, wohl aber bei grober und bei dolus. Es handelt sich aber um einen Willensfehler, nicht um Bosheit. Ob etwa der in l. 27 D. 20, 1 erforderte dolus über den Begriff des dolus (etwa als „Absicht“) hinausgeht, bleibe dahingestellt.

a. a. O. nimmt hier wie in l. 27 D. 20.1 eine von der Billigkeit eingegebene Reaktion gegen das strenge Recht an. — Wir müssen uns auch hier die Sachlage klar machen. Es hat jemand einen Sklaven in Nutzniessung. Welche Pflichten hat ihm gegenüber der Eigentümer des Sklaven? Grundsätzlich kann er über die dem Ususfruct unterworfene Sache frei schalten. Jedoch zeigt unsere Stelle, dass dies mit der Beschränkung gilt: ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, und ebenso sagt l. 15 § 6 eod.: Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem ejus condicionem faciat. Also der Proprietar darf den Usufructuar nicht an der ordnungsmässigen Benutzung hindern, er darf insbesondere die Sache nicht verschlechtern. Wird nun ein Ususfruct-Sklave „verschlechtert", wenn er gestraft wird? Wenn es nur auf die Frage ankommt, ob er wertloser wird, dann hat der Proprietar, welcher durch coercitio den Sklaven wertloser macht, offenbar schon sich gegen das Verbot des Deteriorierens vergangen. Die obige Entscheidung zeigt aber, dass Aristo jenen Rechtssatz nicht so wörtlich verstanden wissen will, sondern, dass nach seiner Ansicht nur doloses Deteriorieren eine Verfehlung gegen jenes Verbot enthalten soll.

Man wird nun diesen Anführungen immer noch entgegensetzen: Da sieht man es ja, der dolus macht hier das Recht der Züchtigung zum Unrecht. Aber gerade das ist ja eben die auffallende Täuschung, in der man sich befindet.

Was nämlich in den zuletzt behandelten Fällen täuscht, ist der Umstand, dass die fragliche dolose Handlung, sowie der dolus wegfällt, sich in die Gestalt eines besonderen Rechts kleidet, nämlich das Züchtigungsrecht des Herrn eines Sklaven. In der That haben aber die verschiedenen Fragen der Haftung mit diesem Züchtigungsrechte nichts zu thun. Wenn wir das Beispiel des Depositars nehmen, wird dies am Gegensatz deutlich. Der Depositar haftet

für dolus und culpa lata, für culpa levissima dagegen regelmässig nicht. Hat er nun die Sache ohne dolus und culpa lata beschädigt, so haftet er nicht. Es wird niemand hieraus auf ein besonderes Recht des Depositars zur Beschädigung von Sachen schliessen wollen und behaupten, dieses Recht werde durch dolus und culpa lata zu Unrecht. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass nur Nicht-Unrecht zu Unrecht wird. Greifen wir nun auf den Fall des gefesselten Sklaven zurück, so ist dort die Hauptfrage nicht die: Hat der Herr ein Recht, den Sklaven zu fesseln? Darum handelt es sich doch gar nicht. Vielmehr ist die Frage: Darf der Eigentümer den verpfändeten Sklaven fesseln, d. h. darf er die Pfandsache verschlechtern? Diese Frage ist darum so interessant, weil ja der Herr ein Züchtigungsrecht, also wie es scheint, ein besonderes Privilegium zur Deteriorierung der hypothekarisch verpfändeten Sache hat. Aber es leuchtet auf den ersten Blick ein, dass dies nur scheinbar der Fall ist, dass das Züchtigungsrecht das Verbot zu deteriorieren nicht aufhebt, sondern mit ihm kollidiert. Also der Herr hat als solcher ein Recht, den Sklaven zu züchtigen; als Hypothekenschuldner ist er verpflichtet, ihn nicht zu deteriorieren. Es existiert also kein Recht zu deteriorieren, welches durch Hinzutritt von dolus zur Rechtsüberschreitung würde. Das Deteriorieren soll nur schlechthin kein Unrecht sein, solange es nicht dolos begangen wird; genau wie das nicht dolose und nicht culpose Deteriorieren der deponierten Sache durch den Depositar. — Nun konkurriert zufälliger, ich möchte im Hinblick auf die übliche Deutung der Stelle sagen, unglückseliger Weise mit diesem nichtunrechtmässigen Deteriorieren ein rechtmässiges Züchtigungsrecht des Herrn am Sklaven. Rechtlich ist dies Recht nicht zu verkümmern, nur thatsächlich wird es infolge des Verbots des Deteriorierens geschmälert.[1]

Man darf doch nicht vergessen, dass es sich in diesen Stellen nicht um die Frage des Züchtigungsrechts handelt, sondern um Fragen der Haftung des Eigenthümers gegenüber dem Niessbraucher und des Hypothekenschuldners gegenüber seinem Gläubiger. Jenes, das Züchtigungsrecht, besteht unbegrenzt; es ist ja auch gar kein Privatrechtssatz; die Züchtigung des Sklaven gehört ihrem Charakter nach vielmehr dem öffentlichen Rechte an; wie sie denn auch durch öffentlich rechtliche Vorschriften in der Kaiserzeit beschränkt wurde. Aber von einer allgemeinen Beschränkung des Züchtigungsrechts im Falle des Dolus kann man nimmermehr sprechen. Das Züchtigungsrecht spielt in den besprochenen Quellenstellen gar keine Rolle als

1. Es ist ganz allgemeine Auffassung, dass in dieser Stelle von doloser Ausübung des Züchtigungsrechts die Rede sei; so Pernice Labeo S. 60, Sachbeschäd. S. 44, 45, wo es heisst: Der Herr hat das Recht der plenissima coercitio auch des im Niessbrauch stehenden Sclaven (l. 17 § 1); aber er darf nicht von diesem Recht dolosen Gebrauch machen." — Auch Bekker Pand. I § 22 Beil. I nimmt ähnlich wie Rewoldt a. a. O. an, der Gläubiger habe das Recht, vinciendi servum nicht unbegrenzt, sondern nur, soweit der Sklave Strafe verdient. Aber das „si merentem, non tenebitur" in l. 27 D. 20, 1 bedeutet nur, dass, wenn der Sklave in der That etwas pecciert und Prügel verdient, durchaus ausgeschlossen ist, dass der Herr dolos seinen Pfandgläubiger schädigen will; denn dann will er nur seine Rache am Sklaven kühlen oder er straft ihn aus erzieherischen Gründen. „Merentem" bildet also keinen Gegensatz zum Vorangehenden, d. h. es ist damit nicht gesagt, dass, wenn der Sklave die Strafe nicht verdient hat, Haftung besteht. Dies scheint Bekker anzunehmen. Es ist aber ganz entschieden unrichtig. Der Herr darf seinen Sklaven züchtigen, auch ohne dass dieser es verdient. Deswegen ist auch nicht dieser Umstand vom Juristen als für die Haftung ausschlaggebend anerkannt, sondern der Dolus des Deteriorierens. Ich kann nicht genug betonen, dass es sich im Ganzen nicht um das Züchtigungsrecht, sondern um eine Frage aus dem Pfandrecht handelt. (Dig. 20, 1!)

Recht; es hat dort nur die Bedeutung einer an sich nicht unrechtmässigen Handlung, die nicht anders zu beurteilen ist als die Thätigkeit des Depositars, welcher ein bei ihm deponiertes Buch auf den Boden wirft: er hat kein Recht hierauf, es ist aber an sich nichts rechtswidriges, vielmehr ist es eine an sich rechtlich unerhebliche Handlung, die erst im Falle von dolus und culpa lata rechtlich erheblich wird. Ebenso steht es mit der Sklavenzüchtigung, der einzige Unterschied ist, dass sie vom öffentlichen Recht ausdrücklich als rechtmässige Handlung anerkannt ist.

Noch einer sehr wesentlichen Stelle ist zu gedenken, der l. 44 D. de injur. 47.10 (Javolenus) Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse. Quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa inmittitur. Die Stelle ist sehr bestritten.[1,2] Zweifellos wird die Kompetenz der actio injuriarum diskutiert. Ihre Anwendung erfordert zweierlei: einmal subjektiv den animus injuriandi, den Beleidigungsvorsatz (das ist nicht die Absicht zu beleidigen, wie die gewöhnliche, aber m. E. unzutreffende Auffassung ist), ferner, dass die Handlung in objektiver Hinsicht geeignet ist, zu beleidigen. Labeo verneint die Klage, ohne uns zu sagen, ob er das subjektive oder das objektive Er-

1. Vgl. die verschiedenen Ansichten bei Rewoldt a. a. O. S. 687; über die Stelle Rewoldt das. und Pernice a. a. O. S. 36.

2. Die Konjunktur der Stelle, wie sie mit R. Schöll Pernice a. a. O. S. 37 Anm. 5 vornimmt, halte ich nicht für zutreffend, weil a) wenn man liest: aedibus superioris vicini fumigaudi causa fumum faceret, — in den letzten Worten ein schwülstiger Pleonasmus läge; weil b) alsdann der Fall des Rauchens als zu wirtschaftlichen Zwecken (Imkerei und Hühnerzucht) vorgenommen gedacht wird (so Pernice a. a. O.), der Fall also mit dem projicere und infundere, welche offenbar Injurien ausdrücken sollen, nicht mehr korrespondiert, was sie jedoch nach der Meinung des Juristen wohl sollen.

fordernis vermisst. Javolen bejaht dagegen die Frage nach der Kompetenz der actio injuriarum. Aus welchem Grunde? Pernice' Erklärung, er bejahe sie unter der Einschränkung, dass eben lediglich zur Störung, nicht zu Wirtschaftszwecken geräuchert werde, basiert auf der zu Anm. 2, S. 81 als nicht angängig gekennzeichneten Konjunktur. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass alsdann auch im projicere und infundere wirtschaftliche Handlungen erblickt werden müssten, deren Sinn mir jedoch alsdann nicht klar würde. Offenbar nimmt Javolen als selbstverständlich an, dass in allen jenen Handlungen objektiv Missachtung der Persönlichkeit des Nachbars zu erblicken ist. Dies ist für ihn selbstverständliche Voraussetzung; hierauf weist das „tamen" hin. Dieses tamen hat hier nicht und kann hier aus sprachlichlogischen Gründen nicht die Bedeutung eines Gegensatzes (= jedoch) haben; es ist vielmehr lediglich eine Partikel, welche eine Thatsache stärker hervorheben soll. So wenig man im Deutschen sagen könnte: „Das halte ich für falsch, wenn jedoch" u. s. f., ebensowenig geht dies im Lateinischen. Tamen ist also hier nur gleich unserem „doch", Javolen sagt also: Dies halte ich für falsch, wenn doch (scil. wie oben der vorgetragene Fall nun einmal liegt) die Immissionen injuriae faciendae causa stattgefunden haben.[1] — Gegen die Auffassung von Pernice spricht noch folgendes: Wenn Labeo Handlungen, welche wirtschaftlichen Zwecken dienen, im Auge hätte, dann wäre seine Entscheidung durchaus richtig. Wie kommt da Javolen dazu, diese Auffassung als falsch zu kennzeichnen, — — wenn der Fall ganz anders liegt. Das wäre gerade so, wie man von einem Reichtsgerichtsurteil sagen wollte, es sei falsch, wenn der Thatbestand ein anderer sei.

Es handelt sich also einfach darum, ob das Delikt der Injuria vorliegt. Die Frage, ob der Geschädigte sich Im-

1. Vgl. Draeger, historische Syntax, S. 711 si tamen.

missionen gefallen lassen müsse, oder nicht, kommt überhaupt nicht zur Erörterung.

Die Ansichten über die Stelle sind freilich sehr geteilt. Unserer Ansicht ist unbedingt nur Rewoldt a. a. O. — Ferner bemerkt mit Recht Ihering Jahrb. 6 I, S. 167, dass die Injurienfrage mit der Lehre von der Chikane nichts zu thun habe. „Hier (d. h. in der zuletzt besprochenen Stelle) konkurrieren die actio negatoria und die actio injuriarum.“ Ihering hätte hinzufügen können, dass die Frage nach der negatoria gar nicht aufgeworfen wird. — Jahrb. 23, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung S. 196 sieht Ihering grade in den Worten „fumigandi vicini causa“ die Ausschliessung eines wirtschaftlichen Zwecks. Ihering meint dann freilich, die negatoria sei hier ganz überflüssig, da die Chikane offen zu Tage trete. Dabei macht Ihering einen Sprung. Er übersieht, dass die beiden Klagen verschiedene Grundlagen haben, mag es auch an sich derselbe äussere Lebensvorgang sein, der sie erzeugt. Der Nachbar wird nämlich durch jene Handlungen beleidigt und geschädigt. Wegen der Beleidigung wird die actio injuriarum erörtert, deren Grundlage die objektive Geeignetheit der Handlung zu beleidigen und der animus injuriandi ist. Wegen des Schadens bleibt zu erörtern, ob er widerrechtlich zugefügt ist. Diese Frage ist in der besprochenen Stelle gar nicht erörtert, vor allem aber nicht gesagt, dass um der böswilligen Rechtsausübung Willen Rechtsüberschreitung vorliege.

Pernice Labeo II 1, 1. Aufl., S. 9 erörtert die Frage, warum in jener Stelle gar nicht die negatoria erwähnt wird, und fasst die actio injuriarum hier als Rechtsmittel gegen dolosen Rechtsmissbrauch auf. M. E. kam es eben im Titel de injuriis dem Juristen hierauf gar nicht an, er erörtert nur Deliktsthatbestände. Pernice hat in der 2. Aufl. diese Auffassung fallen gelassen; gegen die Auf-

fassung in der 2. Aufl. habe ich mich bereits oben ausgesprochen.

Werenberg, Jahrb. Bd. VI, S. 33ff., verbreitet sich über unsere Stelle, wie folgt. Für ihn ist die l. 44 D. 47.10 „ein ausdrückliches Gesetzeszeugnis dafür, dass die actio injuriarum das Rechtsmittel des gemeinen Rechts ist, durch welches chikanierende Handlungen zurückgewiesen werden.“ Abgesehen davon, dass die Voraussetzung, als werde hier die Frage des böswilligen Rechtsmissbrauchs diskutiert, unzutreffend ist, scheint doch die Verallgemeinerung recht gewagt.

Auch die Entscheidung bei Seuffert, Arch. 9, 218, versteht die Stelle dahin, dass ausdrücklich anerkannt werde, dass niemand blos zu dem Zwecke, um seinem Nachbarn zu chikanieren, Rauch nach dessen Grundstück hin verbreiten dürfe.

Hiermit schliessen wir die Erörterung der in Betracht kommenden Quellenstellen und gehen im folgenden § zu dem Ergebnis derselben über.

---

§ 4.
Das Resultat.

Aus den besprochenen Quellenstellen gewinnt die herrschende Lehre folgende Sätze, die Windscheid Pand. I § 121 dahin fasst: 1. Die Ausübung eines Rechts ist deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat. 2. Nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Anderen zu schaden. Diese Ansicht sprechen mit anderen Worten folgende Schriftsteller aus: Dernburg, Pand. I § 41 S. 93, Regelsberger, Pand. § 54 S. 229, Wendt, Pand. I § 10 S. 21,

Baron, Pand. § 75 S. 167 (der freilich bemerkt, dass dies nicht im Prinzip in den Quellen ausgesprochen sei, wohl aber in mehreren Anwendungen, welche auf ein solches Prinzip hinweisen), ferner Pernice Labeo II S. 57, Binding, Normen, Bd. II S. 296 ff. — Mittelmeinungen vertreten: Unger, System I S. 616 Anm. 20., Wächter, Württ. Privatr. II § 32 S. 194, ders. Pand. I S. 169, Sintenis, gem. Civilrecht I § 27 S. 234 Anm. 6, Vangerow Pand. I § 297, Arndts Pand. § 92, Bekker System I § 22 Beil. I. — Diese letzteren nehmen an, dass es sich in jenen Quellenstellen um Ausnahmen handele, die nicht verallgemeinert werden dürfen. — Dass diese Stellen auch nur in Ausnahmefällen die chikanöse Rechtsausübung untersagen, leugnen Rewoldt, a. a. O., wenn ich ihn richtig verstehe, auch Hesse Jahrb. f. Dogm. 6 S. 378 und insbes. S. 418, — ferner Ihering das. S. 103 ff.

Was den ersten der oben genannten Sätze angeht, so verweise ich auf die früheren Ausführungen. Die Kritik dieses Satzes auf Grund der Quellenstellen führte uns dazu, den Satz in einer besonderen Form aufzustellen: Bei Rechtsausübung tritt Schadensersatz nur auf Grund eines ausdrücklichen Titels ein. Im Verhältnis zu diesem Satze erscheint der zweite der obigen Lehrsätze in einem gänzlich anderen Lichte. Er ist nämlich nicht eine Beschränkung des ersten, sondern eine Anwendung desselben; nämlich: Liegt der Zweck der Rechtsausübung nur in der Zufügung des Schadens — sog. Chikanöse Rechtsausübung, so wird die Rechtsausübung rechtswidrig, also Rechtsüberschreitung und verpflichtet zum Ersatze des zugefügten Schadens. Geht dieser Satz aus den Quellen hervor?

Windscheid (desgl. die meisten anderen der oben genannten Schriftsteller) stützt sich insbesondere auf l. 38 D. 6.1, l. 1 § 12, l. 2 § 5, l. 9. D. 39.3; zum Vergleiche citiert er l. 3 pr. D. 50.10.

Grosses Gewicht legt man auf die oben S. 46 ff. erörterten ll. 1 § 12, 9. D. 39.3. Unsere Ansicht ging dahin, dass für die Entscheidungen nicht sowohl der animus nocendi als vielmehr das mangelnde Kulturinteresse des den Nachbar Schädigenden massgebend sei.[1] In beiden Fällen wird hiernach die Klagbarkeit durch diesen Mangel eigenen Kulturinteresses begründet, kommt noch der animus nocendi hinzu, dann scheint auch die actio doli begründet. Aber dieser dolus ist es nicht erst, welcher in beiden Fällen die Klagbarkeit, die Widerrechtlichkeit begründet. Diese liegt vielmehr schon in dem zweck- und interesselosen Handeln. Man müsste sonst annehmen, das Entziehen des Wassers sei zu anderen nicht kulturellen Zwecken erlaubt, während, wie wir sahen, durchaus wahrscheinlich ist, dass auch in solchen Fällen die römischen Juristen die actio a. pl. a. gegeben hätten.

Setzen wir den Fall, in den beiden genannten Fällen solle die actio doli Platz greifen, so erhebt sich doch in erster Linie die Frage: Worin liegt der dolus? In l. 1 § 12 findet man ihn in dem „animus nocendi“, in l. 2 § 9 in dem „animus, ut vicino noceatur.“ Welche Bedeutung kommt diesem dolus zu? Pernice a. a. O. S. 63 kommt zu dem Resultate, dass wir es in diesen Fällen nicht mit dem dolus als Thatbestandsmoment eines prima facie ausgeschlossenen Delikts, sondern mit einem selbständigen vorsätzlichen Verstosse gegen Anstand und gute Sitte zu thun haben, der geahndet werden soll. Anm. 1 a. E. fügt Pernice hinzu: „es wird der dolus und nicht die Handlung geahndet.“ Pernice meint also, dass es sich nicht darum handelt, dass der dolus im Sinne des kriminellen Vorsatzes nachgewiesen und darauf das Delikt statuiert wird. Mit Recht ist dies zunächst aus der actio doli zu schliessen; sie weist darauf

---

1. Ich berühre mich hier in gewissem Sinne mit dem, was Ihering, Jahrb. 6 II S. 103 ff., ausführt,

hin, dass in dem ganzen Thatbestande ein dolus zu erblicken ist.[1] Wäre der dolus nicht so zu verstehen, würde es sich vielmehr darum handeln, dass sich der zugefügte Schaden als dolos zugefügt darstellen würde, dann müsste man staunen, weshalb nicht die actio legis Aquiliae Platz greift.[2] Es kommt hinzu, dass die Quellen m. W. nirgends den dolus als Deliktthatbestandsmerkmal mit jenen Worten (animo nocendi etc.) umschreiben.

Es handelt sich also um den dolus als delictum sui generis. Es muss nun zunächst auffallen, dass Pernice a. a. O. S. 197ff., wo er diesen dolus behandelt, die Bedeutung des Verstosses gegen Anstand und gute Sitte nicht erwähnt. In der That deckt sich die Definition, die Pernice a. a. O. S. 220 gibt (eine hinterlistige Veranstaltung zum wirtschaftlichen Nachteile eines Anderen) mit der obigen Definition nicht. Eine Untersuchung darüber, ob sich anderweit eine Definition des dolus „vorsätzlicher Verstoss gegen Anstand und Sitte" aus den Quellen entnehmen lässt, würde mich zu weit führen. Soweit ich die Quellen überblicke, ist es nicht der Fall[3]; auch die Litteratur be-

1. In dieser Hinsicht scheint freilich die Bemerkung von Pernice: „es wird der dolus und nicht die Handlung geahndet" unzutreffend. Wird die a. doli gegeben, so gilt offenbar der Thatbestand als dolus. So verstehe ich auch Pernice.

2. Lediglich die beiden hier besprochenen Stellen erwähnen die a. doli. Pernice fasst diese aber als allgemeine Chikane-Klage auf. Dem Einwand, warum an den anderen Stellen statt auf diese auf zahlreiche andere Klagen verwiesen werde, sucht Pernice von vornherein zu begegnen (S. 63, 64): „Dem widerspricht nach der ganzen Anlage des römischen Aktionensystems die Accomodierung der gewöhnlichen Klagen natürlich nicht." Aber das erklärt nicht, weshalb in einzelnen Fällen auf die a. doli verwiesen wird, in anderen dagegen, obschon sie durchaus ähnlich sein sollen, auf andere Klagen.

3. Vgl. l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3.

stätigt diese Bedeutung des dolus nicht.[1] Will man freilich den herkömmlichen dolus-Begriff anwenden, so ergibt sich, dass er nicht passt. Legen wir z. B. die obige Definition von Pernice zu Grunde, so liegt zwar der wirtschaftliche Nachteil auf der Hand, wo aber ist die schlaue, hinterlistige Veranstaltung? Man wird daher doch besser thun, nicht diesen Weg einzuschlagen, sondern umgekehrt, aus der Thatsache, dass hier die actio doli Platz greifen soll, auf den dolus schliessen, und diesen unabhängig von dem Normalfall definieren müssen. Wer nun auf dem Standpunkte steht, dass die in den betreffenden Stellen vorkommenden Handlungen Rechtsausübung sind, solange sich ihnen nicht der animus nocendi hinzugesellt, der wird durchaus zutreffend in dieser Absicht die Widerrechtlichkeit der ganzen als dolus hingestellten Handlung erblicken. Meine Auffassung geht jedoch, wie oben dargethan, dahin, dass es nicht erst dieser animus nocendi ist, welcher überhaupt die Klagbarkeit in jenen Fällen begründet, dass vielmehr auch ohne ihn gegen die betreffenden Handlungen reagiert werden kann. Also der animus nocendi ist zwar die Voraussetzung der actio doli, die Voraussetzung des Schadensersatzanspruches ist jedoch schon das Nicht-Kultur-Interesse des Handelnden.[2] Also ein Nicht-Recht wird zu Jemandes Schaden geübt, nicht aber ein

1. Windscheid Pand. I § 101: „Arglist".

2. Das mangelnde Kultur-Interesse begründet die actio a. pl. a., nicht der Mangel eines jeden Interesses. Hieraus ergibt sich, dass der Satz keine Verallgemeinerung erfahren darf. — Ich glaube auch, dass ich mich hier nicht in Widerspruch mit meinen früheren Ausführungen befinde, dass überall, wo die Römer die actio a. pl. a. geben, eigentlich Rechtsausübung vorliegt. Ich meine nur, diese werde nicht erst durch den animus nocendi, sondern schon früher, nämlich durch das mangelnde Kulturinteresse und die actio a. pl. a. widerrechtlich.

ausdrückliches, an sich zweifelloses Recht böswillig missbraucht.[1]

Binding, Normen II, S. 296 ff., nimmt eine Erweiterung des dolus-Begriffs auf Grund der aequitas an. Nach jus strictum sei die Handlung nicht dolos, wohl aber nach jus aequum. Den Nachbarn aus keinem anderen Interesse, als aus dem unsittlichen Motiv ihn zu schädigen, durch Ausübung eines Rechtes um seine Quelle bringen, sei dolos. In seinen Ausführungen bewegt sich Binding jedoch in einem circulus vitiosus. Er will darthun, dass, wenn der Handelnde wirklich nach jus strictum nicht verpflichtet ist, auch bei seinem Graben dafür zu sorgen, dass die Quelle dem Nachbargrundstücke nicht abgewandt werde, auch der blosse animus nocendi die Handlung nicht zu einer widerrechtlichen machen könne. Daher erklärt er, dass positive Rechtsnormen, nämlich die neben das jus strictum tretende aequitas das Handeln zu einem widerrechtlichen mache. Hiergegen bemerkt zunächst mit Recht Pernice a. a. O. S. 63, N. 1, dass es bedenklich scheine, für das römische Recht von „Normen des jus aequum" zu sprechen, wenn man den Begriff der Norm als eines Rechtsgebots nicht ganz verflüchtigen wolle. Aber sowie eben Binding die „Norm" fallen lässt, bleibt ihm nur die sittliche Gesinnung, und dass das Wollen des Unsittlichen nicht die Widerrechtlichkeit begründe, will er doch beweisen. Gegen Binding lässt sich aber noch Folgendes einwenden: 1. Wo stehen denn diese „Normen"

---

1. Beachtet man, dass zum Begriff der unerlaubten chikanösen Rechtsausübung gehört, dass die Widerrechtlichkeit insofern durch den animus nocendi begründet wird, als man sich niederträchtig und feige hinter ein Recht verschanzt, also Missbrauch mit einer über alle Zweifel stehenden Befugnis treibt, dann muss auffallen, dass dieses wichtige Moment: Liegt eine Rechtsausübung vor? in nicht genügender Weise zum Ausdruck gebracht ist.

der aequitas? Wie Binding selbst zugibt, ruhen sie mehr in der Brust des Handelnden und in der Empfindung des Richters als im Buchstaben der Gesetze. Mag also auch das Recht es sein, welches sagt, das Unsittliche ist widerrechtlich, so bleibt es doch dabei, dass im letzten Sinne es das Unsittliche selbst ist, welches die Widerrechtlichkeit bewirkt. Denn dass das „Unsittliche“ schlechthin, ohne dass das Recht es für widerrechtlich erklärt, nicht widerrechtlich sei, ist bekannt. 2. Wie Binding selbst sagt, würde die Norm der aequitas im vorliegenden Falle lauten: Du sollst nicht den Nachbarn aus keinem anderen Interesse als aus dem unsittlichen Motiv ihn zu schädigen um seine Quelle bringen! Wodurch übertrete ich diese Norm? Offenbar nur durch den animus vicino nocendi. Er also begründet die Widerrechtlichkeit. Quod erat (von Binding) reprobandum.

Hinsichtlich der l. 38 D. 6. 1 kann ich mich kurz fassen. Wir sahen, dass sie ganz allgemein dahin verstanden wird, das jus tollendi dürfe nicht aus Chikane ausgeübt werden; dass jedoch nach unserer Auffassung die Chikane hier nur die Rolle der ratio legis dafür spielt, dass dem leer ausgehenden bonae fidei possessor nicht das tollere, auf das er kein Recht hat, nachgelassen wird. Dergleichen, erklärt die Stelle, würde heissen „malitiis indulgere“; das soll aber nicht geschehen. Also ein Nicht-Recht soll keinen Schutz finden, von einem Rechtsmissbrauche ist garnicht die Rede. Um so unzutreffender muss es sein, dies „malitiis non est indulgendum“ aus dem Zusammenhange zu reissen[1], wie das berühmte „rex legibus solutus“ aus der lex Julia et Papia Poppaea.

1. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 192 erwähnt, zu was für Widersprüchen und Absurditäten es führt, dergleichen Bemerkungen aus dem Zusammenhange zu reissen und als Rechtsregel hinzustellen.

l. 2 § 5 D. 39, 3 und l. 10 D. 8, 2 (= l. 30 D. 7, 1) sind diejenigen Stellen, in welchen man die auf die Billigkeit zurückzuführende Reaktion gegen die Chikane erblickt.

Was die erste Stelle angeht, so wurde oben § 3 darauf hingewiesen, dass von Böswilligkeit nichts in ihr zu lesen steht. Die Billigkeit, welche hier dazu führt, dem Nicht-Berechtigten ein Recht zu geben, stammt nicht aus dem Unsittlichen des böswilligen Rechtsmissbrauchs. Nicht weil der Widerspruch des Berechtigten sich als Bosheit darstellen würde, sondern weil das Nicht-Widersprechen-Dürfen ihm keinen Schaden bringt, wird dem anderen eine Klage gegeben. Und zu alledem soll dieser Gesichtspunkt gar nicht einmal als Klagebedingung, geschweige denn sein Gegenteil (dass also der Eigentümer durch die Wiederherstellung des Dammes Schaden hat), als Einrede gelten. Wollte man das Gegenteil annehmen und aus dieser Stelle Folgen ziehen, so könnte man Rechtsbehelfe gegen Tausende von Rechten geben. Ein armer Teufel hat an einen Millionär 100 zu zahlen. Der Millionär darf zwar die 100 fordern. Aber dies Recht soll ihm genommen werden, weil er ohne die 100 keinen Schaden erleidet, d. h. natürlich blos keinen nennenswerten. Aber auch nur einen solchen verneint der Jurist in l. 2 § 5 D. 39, 3.

In jenen zwei anderen Stellen handelt es sich, wie wir sahen, um gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. Ich habe oben auf den Gesichtspunkt hingewiesen, dass dabei allerdings die Billigkeit dazu führt, das Eigentumsrecht zu beschränken, aber keinesfalls insofern, als der in seinem Eigentumsrecht eingeschränkte nur aus Bosheit handeln würde, sondern lediglich weil sein Recht kleiner, sein Interesse geringer, aber immerhin vorhanden ist. Wir sahen ferner, dass von demselben Gesichtspunkte aus l. 14 § 1 Cod. 3, 34 und Nov. 63 zu betrachten ist,

Dass l. 3 pr. D. 50, 10 kein Chikaneverbot ausspricht, geht aus den obigen Ausführungen wohl zur Evidenz hervor.

Es wurde ferner dargethan, dass in l. 2 § 20 D. 47, 8 der „dolus“ nicht auf das nachfolgende absichtliche Beschädigen zu beziehen ist, dass vielmehr mit dem „sane dolo caret“ der erste Fall erledigt ist. So wenig hier Billigkeit auf der einen und Bosheit auf der anderen Seite eine an sich unstatthafte Klage erzeugen, so wenig ist dies, wie wir sahen, in l. 39 D. 9, 2, l. 27 D. 20, 1 und l. 17, § 1, D. 7, 1 der Fall. Namentlich hinsichtlich der beiden letzten Stellen ist darauf hingewiesen worden, dass man sich dadurch hat täuschen lassen, dass dem Handelnden besondere andere Rechte zur Seite stehen, welche den Anschein erwecken, als ob diese Rechte missbraucht werden.

Es ist oben weiter dargethan, dass von einem Missbrauch des Notwehrrechts deshalb nicht gesprochen werden kann, weil dies Recht seine Beschränkung in sich trägt.

Endlich wurde darauf hingewiesen, dass l. 44D. 47, 10 die Frage des Rechtsmissbrauchs gar nicht berührt.

Ich komme also zu dem Resultat, dass in den Quellenstellen, auf welche man die Lehre von der Chikane im römischen Recht aufgebaut hat, nirgends hiervon etwas zu lesen ist und zwar nicht nur nicht in der Form eines ausdrücklich anerkannten Prinzips, sondern auch nicht in Einzelentscheidungen.[1] Ich treffe mich in diesem Resultate nur mit Rewoldt, wenn auch von ganz anderer Seite.

Dass mit den Schlagwörtern, wie sie in den behandelnden Stellen zu Tage treten, insbesondere mit dem

1. Auch Sätze wie: jus est ars boni et aequi — juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere — non omne quod licet, honestum est, auf die sich Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 564 bezieht, beweisen natürlich gar nichts.

„malitiis non est indulgendum" Rechtssätze mit Fug nicht konstruiert werden dürfen, wurde mehrfach hervorgehoben. — Dass in all diesen Fällen irgend ein einheitlicher Gedanke nicht obwaltet, hat, wie ich hoffe, die Darstellung auch gezeigt. Insbesondere ist nirgends vom Missbrauche eines Rechts die Rede und nirgends wird ein gleichmässig auf solchen Missbrauch gegründetes Rechtsmittel gegeben.

An dieser Auffassung der Stellen vermag nun der Umstand wenig zu ändern (oder sie höchstens zu bestärken), dass bei verschiedenen, wenn nicht den meisten der Verdacht der Interpolation begründet ist.[1] Ueber diese mich hier zu verbreiten, würde zu weit führen. Zuzugeben ist, dass die Stellen zahlreiche sprachliche Eigentümlichkeiten aufweisen; dieselben stellt Pernice a. a. O., S. 65, Anm. 4 zusammen. Ich habe meinerseits dazu nur Folgendes anzuführen:

1. Dass in l. 10 D. 8, 2 und in l. 30 D. 7, 1 am Ende die habitantes auftauchen, ist doch wohl nichts Auffallendes, wenn man darunter nicht wie Pernice die Mieter, sondern die im Hause Wohnenden, also auch den Eigentümer und seine Familie versteht. Es wird die Frage aufgeworfen, wie hoch der Nachbar bauen dürfe; die Antwort lautet, so hoch, dass „die im Hause Wohnenden", die habitantes, noch etwas sehen können.

2. Pernice bemängelt das „sufficit in usus diurni moderatione" in l. 10 D. 8, 2; „in" bei sufficere sei sonst nicht zu belegen. Dies mag zutreffen, wenn man wie P. übersetzt: „Das Licht, das für mässigen Tagesbedarf hinreicht." Moderatio heisst aber „Regelung", jene Stelle daher „soviel Jemand bei seinem täglichen geregelten Bedarfe braucht"; „ad moderationem" oder „in moderationem" würde dann heissen „zum geregelten täglichen Bedarf."

---

1. Vgl. Pernice a. a. O. S. 64 ff.; Eisele, Kompensation S. 84 ff.; Bekker, Jahrb. d. gem. R. 5, 180.

3. Dass in l. 2 § 20 D. 47, 8 „etiam utili lege Aquilia“ durchaus richtig ist, wurde oben gezeigt. Pernice will an die Stelle setzen: actione utili exemplo legis Aquiliae.

4. In dem in der Luft schwebenden Akkusativ „ne de dolo actionem“ in l. 1 § 12 D. 39, 3 möchte ich nicht mehr als einen saloppen Ausdruck erblicken.

---

§ 5.

Geschichtliches über die Lehre vom Chikaneverbot.

1. Schilter in seiner Praxis juris romani in foro germanico (1675), in der exerc. ad. Pand. XVIII Thes. X schliesst aus der l. 10. D. 8. 2: Hinc intelligitur, quod nec licitum sit, ad aemulationem seu invidiam vicini aedificare quum aeque commode possim absque isto modo invidioso. Hier also die merkwürdige Lehre, es dürfe nicht „ad aemulationem“ und „invidiam“ des Nachbars gebaut werden. Schilter kommt zu diesem Resultat, obgleich er, wie wir oben sahen, in der Stelle eine servitus imposita erblickt.

2. Struv, Syntagma juris civilis (1668) 39, 8, sagt: Praeterea non licet, ad alterius aemulationem seu eo tantum fine, ut alteri noceamus, aedificare: Nov. 63. c. 1, l. 3 de oper. publ. — Nach der obigen Ausführung über diese Stellen ist dieser Aeusserung wohl nichts mehr hinzuzufügen.

3. Lauterbach, Collegium theoretico - pragmaticum (1690) 39, 1 § 20, sagt: hoc (dh. der freie Gebrauch der Rechte) tamen limitatur, si fiat ex invidia malitia et ad aemulationem.

4. Carpzow, Jurisprudentia forensis romano - saxonica (1703) Pars II const. 41 def. VI, äussert sich: nec in proprio fundo quicquam facere aut aedificare permissum est ad in-

juriam vel aemulationem tertii. Carpzow citiert eine Entscheidung aus dem Jahre 1621, worin der Beklagte verurteilt wird, einen Brunnen wieder „abzuschaffen, da . . . . solches von bemeldetem euern Nachbarn allein zu dem Ende geschehen wäre, damit Euch und Eurem Hause grosser Schade und Ungelegenheit zugezogen würde".

5. Stryk, specimen usus moderni Pandectarum (1738) VIII 2 § 23 (de aemulatione evitanda), stellt den Satz auf: Man darf dem Nachbarn keinen Schaden bringen ad aemulationem vicini aut ejus injuriam. Auch Stryk beruft sich auf Nov. 63 c. 1. Er nennt Beispiele: nec vicino permissum est fenestras ad aemulationem faciendi in propria domo. Und weiter sagt er: hoc extenditur non solum ad privatos, sed et ad civitates et res publicas. Hierfür soll natürlich l. 3 de oper. publ. massgebend sein. Er findet seinen Satz trefflich (commode) ausgesprochen im Ulmer Stadtrecht: T. 17 § 2: Es soll fürnämlich für ein Neidbau erkannt und gehalten werden, wenn einer aus solchem seinen Bau einen schlechten Nutzen, sein Nachbar dagegen an Luft und Licht einen grossen Schaden hat oder was dergleichen unnötige Gebäue mehr wären". Es ist aber einleuchtend, dass in einer derartigen positiven Beschränkung des Eigentumsrechts der Begriff des böswilligen Rechtsmissbrauchs verschwindet. Zum Schlusse bringt Stryk noch jenen bereits oben als durchaus verkehrt gekennzeichneten Satz: Quod tibi non prodest, alteri vero nocet, hoc, ut omittas, compelli potes. Gerade aus l. 2 § 5 D. 39. 3, auf welche Stryk sich beruft, ist dies nicht zu entnehmen.

6. Pufendorf (observationes juris universi 1770) in der observ. 263 de eo, quod aedificatum in aemulationem habetur — wirft hinsichtlich eines molendinum novum erectum die Frage auf: an aemulationis causa subesset. Er citiert dabei Stryk, in diss. de jure aemulationis l. I § 13, wo dieser sage: Id demum in aemulationem factum videri,

quod cum injuria alterius animo nocendi, non necessitatis vel utilitatis propriae gratia fit, vel quod fit, non ut prosit mihi, sed ut alteri principaliter noceat. Pufendorf fügt hinzu: Ita summo quoque tribunali visum est in causa etc. — An diesen Ausführuugen ist das zu rühmen, dass der Begriff der Chikane hier trefflich gekennzeichnet ist. Belegstellen für das römische Recht fehlen gänzlich.

7. Mevius, Comment. in jus Lubescense lib. III tit. 12 art. 7 Nov. 35 sagt: Nemini permissum est, ad aemulationem, invidiam aut injuriam alterius etiam in suo aedificare und ferner: Aemulationem allegans semper probare tenetur. Ea probatio absolvitur veresimilibus conjecturis, cum alias animus nocendi vix probari queat.

8. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum § 129: Qua quidem in re judici cavendum, ne ullo modo indulgeat malitiis — Mühlenbruch hat, wie man sieht, die l. 38 D. 6.1 ausgeschrieben.

9. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen S. 391 in einem Titel: „Vom Bauen aus Aemulation“ gibt zwar zu, dass das Verbot solchen Bauens nicht aus l. 3 D. 50.10 gefolgert werden könne, wohl aber aus l. 1 § 12. D. 39.3 ergebe es sich (verb. mit l. 2 § 9 das. u. Nov. 63). Doch gibt Gesterding hier wieder zu, dass der Ausdruck: Bauen aus Aemulation nicht am Platze ist.

10. Thibaut, System des Pandektenrechts geht weiter als alle bisher Genannten. Er lehrt a. a. O. § 58: „Werden erlaubte Handlungen vorgenommen .... in der arglistigen Absicht, einen anderen zu necken, so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen.“

11. Curtius, sächs. Civilrecht § 1158: Man darf sein Recht nicht ausüben, um einem Anderen hierdurch zu schaden, sondern nur deshalb, um sich den Vorteil, den ihm sein Recht gewährt, zu verschaffen.

12. Habicht, prakt. Erörterungen I S. 525, erklärt gleichfalls die Ausübung des Eigentumsrechts in der be-

wiesenen Absicht, um zu schaden, für unzulässig. Der Beweis könne durch Eidesdelation geführt werden.

13. Hagemann, Handbuch des Landwirtschaftsrechts (1807) § 422 N. 3 sagt: „Bauanlagen dürfen nicht blos zum Tort und Verdruss des Nachbars unternommen werden, d. i. etwas bauen, wovon der Bauherr schlechthin gar keinen Nutzen, der Nachbar aber wirklich Schaden hat". — Er führt dann aus, dass dies freilich nicht vermutet werde, es muss vielmehr jedesmal bewiesen werden. Interessant ist, wie H. in N. 4 den Eid normiert wissen will: „dass der Bau nicht bloss in der Absicht, um dem Gegner Schaden und Verdruss zu machen, sondern vielmehr deshalb unternommen werde, um den eigenen Vorteil oder die Bequemlichkeit des Bauherrn einigermassen zu fördern". Das ist aber nicht richtig[1]. Der Geschädigte ist für die Chikane beweispflichtig; er schiebt dem Anderen den Eid zu. Aber eine jener Thatsachen genügt. Entweder wird die Absicht, zu schaden, abgeschworen, oder das eigene Interesse wird beschworen, wozu aber beides?

14. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. II. 1 S. 86, spricht von der im Grundbegriffe mancher Rechte liegenden Begränzung, welcher Grundbegriff notwendig ein Interesse voraussetzt, daher Niemand ohne allen Zweck, blos um dem Andern zu schaden, bauen dürfe. — Beleg wieder Nov. 63 und die bekannten anderen Stellen. Holzschuher gibt jedoch zu, dass der Zweck des Bauenden gar nicht einmal ein vernünftiger zu sein brauche.

---

1. Zwar nicht, wie Hesse, Rechtsverhältnisse S. 567 N. 15 meint, weil die Formulierung nicht auf Thatsachen gerichtet ist; vgl. Habicht a. a. O., Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen II S. 363; vgl. auch l. 34 § 4 D. de jure jur. 12, 2 und l. 5 § 8 D. de injur. 47, 10.

15. Sehr scharf äussert sich auch Böcking, Pand. § 128: „Es liegt schon im Begriffe des Rechts als der vom und im Staate anerkannten Befugnis zur Aeusserung des Willens des vernünftig für sich thätigen Menschen im Verhältnis zu den anderen als eben solchen, dass dessen Ausübung aus blosser Bosheit oder sonst unvernünftiger Absicht keinen Rechtsschutz finde."[1]

16. Kreitmayr, Anm. z. bayrischen Landrecht Th. II Kap. VI § 6 No. 5 lit. c, sagt: „Die Pflicht gegen Andere bringt mit sich, dass man sich des Säumigen nicht ex pura aemulatione et invidia erga alios, d. i. Anderen zum Trotz oder zum Neid böslicher Weise gebrauche, denn dieses wird sowohl von natürlichen als bürgerlichen Gesetzen verabscheut, non enim maltiis indulgendum est, heisst es in fr. 38 de rei vindic. in f."

17. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 559 ff. verwirft l. 3 D. 50.10, stützt sich dagegen auf Nov. 63 und die übrigen Stellen, sowie auf den Geist des römischen Rechts überhaupt und insbesondere auf die Gerichtspraxis. Freilich will er das Chikaneverbot nicht für persönliche Rechte gelten lassen. Auf jeden Fall müsse Kläger den Beweis führen. Die Absicht werde sich in vielen Fällen schon aus den thatsächlichen Verhältnissen ergeben, dem Beklagten bleibt aber der Gegenbeweis.

18. Schelhass, das Nachbarrecht § 1[5] sagt: „Werden an sich erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen, oder in der arglistigen Absicht, den Nachbar damit zu ärgern (per aemulationem), so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen". In dubio baue man zu seinem Nutzen; wer also die aemulatio als Motiv des nachbarlichen Bauens behaupte, müsse sie

---

1. Gegen Böcking wendet sich Hesse, Rechtsverhältnisse S. 566: „In dem Begriff des Rechts im subjektiven Sinne ist nichts enthalten, was die Motive der Rechtsausübung berührt."

durch Sachverständige und richterlichen Augenschein beweisen.

19. Eingehend wird die Lehre vom Verbot des Neidbaues in der Diss. 61 von Thomasius (Bd. II.): Non-ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione bekämpft[1]. Thomasius sucht darzuthun, dass der Geschädigte kein Recht auf Beseitigung oder Untersagung des sog. Neidbaues habe; die Gründe sind 1. quia deficiunt actiones tam reales quam personales. Dieser Grund ist nicht sehr beweiskräftig, weil ja gerade erst dargethan werden soll, dass die Chikane kein Klagerecht erzeuge. 2. quia qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Dieser Grund kann deswegen nicht überzeugen, weil es sich ja gerade darum handelt, eine Ausnahme von dieser Regel darzuthun. 3. quia licet naturaliter aedificare in meo, quomodocumque etiam cum vicini damno. In der weiteren Darstellung bekämpft Thomasius die ganze Lehre von der Chikane, teils aus allgemeinrechtlichen Gesichtspunkten, teils unter Bezugnahme auf die nichtsbeweisenden Quellen. Er schliesst seine Betrachtung mit folgendem Bilde: Die bekämpfte Klage könne mit nichts besser verglichen werden als mit der Kunst der Luftschifffahrt. Wie über diese die Mathematiker, so hätten die Doktoren über jene viel geschrieben und nichts erreicht.

20. Hufeland, über den eigentümlichen Geist des römischen Rechts Bd. I, S. 92 erklärt es für eine „sonderbare Behauptung", „es dürfe Niemand etwas in aemulationem anderer vornehmen."

21. Schweppe, das römische Privatrecht I, § 146 bestreitet das Chikaneverbot gänzlich. Der Fall liege auf dem Gebiete der nicht zu erzwingenden Moral.

22. Hommel, Rhapsodia scheint zu schwanken. In obs. 520 macht er geltend, dass die in l. 3 D. 50,10 vor-

1. Vgl. dort § 1 die ältere Litteratur, die ich zum grossen Teil hier nicht mehr berücksichtige.

kommende aemulatio mit dem animus nocendi gar nichts zu thun habe. Jene Stelle beweise also keineswegs, dass man einen Bau, der einem nichts nütze, aber Jemandem schade, unterlassen müsse. Insbesondere sei dies nicht dahin auszudehnen, dass man nichts in aemulationem alterius tun dürfe. Nirgends im corpus juris stehe, dass unerlaubt sei, ad aemulationem alterius eine rote Weste zu tragen. Aber abgesehen davon sei überhaupt undenkbar, dass Jemand einen Bau ohne Zweck für sich selbst errichte. Ja, wenn man damit nur seinem Nachbar schaden wolle, so liege eben darin der Zweck für sich selbst. Es gebe eben gegen die Chikane kein Rechtsmittel. Die, welche in der Chikane etwas rechtswidriges erblicken, „honestatis regulas confundere videntur cum praeceptis justitiae et humanitatis, officia cum perfecta obligatione.“ Ohne eigenen Vorteil einem anderen schaden, nennt man nicht aemulatio, sondern vexa.[1] Die anderen Quellenstellen, insbes. l. 38 sieht Hommel als Spezialfälle an. Sein Resultat ist: Regulariter licere omnia ex aemulatione facere, adeoque etiam aedificare, nisi quid lex nominatim et disserte excipiat.

Dagegen äussert sich Hommel in obs. 216: . . dass zum Trotz Jemandem bauen in den Rechten nur genennet werde, wenn Jemand, ohne den geringsten Selbstnutz zu hoffen, einzig und bloss zu eines andern Schaden und Untergange ein Gebäude unternimmt, da dem Klägeren der Beweis davon sehr schwer fallen dürfte.

23. Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts S. 473 sieht in jenen Stellen durchweg eine ganz besondere Beziehung, welche nur den Schluss rechtfertige, dass der Richter bei der Rechtsausübung keine Chikane nachsehen solle. Sintenis erörtert die Frage im Anschlusse an folgendes: „Es wird gelehrt (Guyet im Arch. Bd. 18, S. 365 ff.), dass dann, wenn eines oder jedes mehrerer Spezialpfänder mit Nachhypotheken belegt sind, der bessere

1. Ein wohl nicht zu belegendes Wort, s. u. S. 114.

Pfandgläubiger zuerst nur das nicht weiter verpfändete Pfand, oder wenn beide anderweit verpfändet sind, beide und zwar jedes in dem Verhältnis der Grösse der aus beiden Separaterlösen zusammengenommen, dem Gläubiger möglicherweise zustehenden Tilgungssumme zu der Grösse der Summe, welche er eigentlich zu fordern hat, angreifen, respektive aus den Erlössummen sich befriedigen dürfe." Guyet folgert dies sogar aus dem Satz, dass man eine Rechtsausübung durch die ein anderer Schaden erleide, dann unterlassen müsse, wenn der Berechtigte kein Interesse habe. — Abgesehen davon, dass diese Ansicht über den Begriff der Chikane hinausgeht, indem hier die Absicht zu schaden garnicht verlangt wird, wirft Sintenis a. a. O. N. 2 mit Recht die Frage auf: „warum das an Beispielen im Pfandrecht so reiche römische Recht keins über eine solche Kollision mehrerer Gläubiger habe, welches eine Beschränkung des Rechts der Vorgehenden andeutete?" Vor allem aber macht Sintenis treffend darauf aufmerksam, dass die Entscheidung, der Gläubiger habe ein ungehindertes Wahlrecht, durchaus billig sei, da ja der etwa geschädigte nachstehende Pfandgläubiger sein Risico wissentlich eingegangen ist. Dem füge ich hinzu, dass hierin offenbar eine stillschweigende Zustimmung zu dem freien Wahlrecht enthalten ist. Sintenis weist endlich darauf hin, dass ja der nachstehende Pfandgläubiger das Angebotsrecht hat und so den Schaden von sich abwenden kann, da er auch in das andere Pfandrecht succediert.

Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht Bd. I § 27 S. 234 verlangt für die Chikane: dass die Ausübung „offenbar und voraussichtlich ohne allen erdenkbaren Nutzen ist, anderen aber zum ebenso offenbaren Schaden gereicht, also nur auf letzteres abgesehen sein kann, mithin eine Chikane in sich begreift." Eine solche Ausübung des Rechts soll nicht zugelassen werden, sie sei also Unrecht. Das Zusammentreffen

dieser Voraussetzungen sei jedoch nur bei der Ausübung eines Rechts in Bezug auf eine Sache, besonders Grundstücke und Gebäude, seien es eigene oder fremde möglich.[1] Jedenfalls macht Sintenis die richtige Beobachtung, dass sämtliche für diese Lehre in Frage kommenden Quellenstellen sich auf die gleichen Rechtsverhältnisse beziehen, sodass man zum mindesten das römischrechtliche Chikaneverbot auf die gleichen Rechte einschränken müsste.

24. Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim I S. 49 erkennt, dass Nov. 63 eine „willkürliche baupolizeiliche Verordnung Justinians ist." Auch l. 3 D. 50.10 erachtet er für nicht hierher gehörig. In den übrigen Fällen erblickt er Sonderbestimmungen.

25. Hesse, zur Lehre von den nachbarlichen Verhältnissen der Grundeigentümer i. d. Jahrb. Bd. 6 S. 378 ff. hält S. 418 die actio injuriarum dann für statthaft, „wenn der Eigentümer Handlungen, zu denen er an sich berechtigt ist, lediglich in der Absicht unternimmt, den Nachbar zu stören, zu foppen oder zu ärgern." Er denkt aber dabei an „Eingriffe, die eine Beschädigung nicht zur Folge haben." Er gibt die actio injuriarum gegen die Verletzung der Rechtswürde, der Persönlichkeit, nicht gegen chikanöse Rechtsausübung.[2]

26. Werenberg, Jahrb. 6 S. 1 über die Kollision der Rechte verschiedener Grundeigentümer, sieht, wie wir bereits oben S. 84 sahen, die Generalklage gegen die Chikane in der actio injuriarum. Er meint aber, es sei nicht das Eigentum, welches hier einer Beschränkung unterliege (weil die actio injuriarum auf Geldstrafe geht.) Die Chikane

1. So fast wörtlich Heimbach in Weiske's Rechtslexikon S. 147 Bd. IX.

2. Falsch versteht ihn also Rewoldt a. a. O., der ihm die unter N. 26 mitgeteilten Werenberg'sche Auffassung unterschiebt.

richte sich in einer verletzenden Handlung gegen eine Person. — Dies mag zutreffen, wenn man die actio injuriarum als Klage gegen chikanöse Rechtsausübung auffasst. Dies ist aber unzutreffend. Grade weil sie sich gegen die Verletzung der Ehre richtet, kann sie nicht die Klage gegen eine Rechtsüberschreitung sein, welche nur die Vermögensrechte einer Person in Frage stellt, ohne ihrer Person selbst und deren Ehre irgendwie zu nahe zu treten.

27. Ihering, Jahrb. 6 II S. 103 hält das Chikaneverbot nicht für quellenmässig begründet. „Handlungen, Vornahmen des Eigentümers, die sich in ihrer Wirkung ganz auf seine Eigentumssphäre beschränken sind stets erlaubt, wenn sie dem Nachbarn auch noch so nachteilig werden. Handlungen, welche ihre Wirkung auch auf das benachbarte Grundstück erstrecken, verstattet das Recht nur unter der Voraussetzung, dass das Bedürfnis des gewöhnlichen Lebens sie erfordert“ . . . „Die äussere objektive Legalität der Handlung macht das Rekurrieren auf die subjektive Absicht ebenso überflüssig wie unstatthaft“. — Des weiteren setzt J. auseinander, der Satz, dass Handlungen, die der Eigentümer auf seinem Grund und Boden vornehme, erlaubt seien, einerlei ob ihre Wirkungen in die Rechtssphäre des Nachbarn hineinreichen oder nicht, sei falsch. Gehe man von seinem Satze aus, dass mittelbare und unmittelbare Eingriffe in die Eigentumssphäre des Nachbars grundsätzlich unzulässig seien, dann stelle sich der Eingriff nicht als in concreto, sondern in abstracto unerlaubt heraus.“ — Dies trifft freilich dann zu, wenn Iherings Obersatz richtig ist. Aber bekanntlich ist die Frage der Abgrenzung des Eigentumsrechts an Grundstücken auch unabhängig von der Frage der Chikane eine äusserst bestrittene. Dass Iherings Unterscheidung, ob jene Handlungen vom Bedürfnisse des gewöhnlichen Lebens erfordert seien oder nicht, keineswegs ein allgemeiner Massstab für das Erlaubt-

sein oder Unerlaubtsein dieser Handlungen bilden kann, darüber habe ich mich bereits oben § 3 geäussert.[1]

28. Wächter a. a. O. (vgl. o. S. 85) sieht in den bekannten Quellenstellen Sonderbestimmungen, desgleichen:

29. Unger, System I S. 616: es handelt sich um nicht zu generalisierende Ausnahmefälle. Die Ausübung des Rechts sei von den Motiven, welche den Berechtigten leiten, in der Regel unabhängig, die Ausübung innerhalb der gesetzlichen Schranken daher ungehindert, sollte auch die dem Berechtigten nutzlose, dem Dritten schädliche Ausübung des Rechts aus blosser Chikane geschehen.

30. Regelsberger, Pand. § 54 erklärt zwar die Rechtsausübung für nicht deswegen widerrechtlich, weil sie dem Handelnden nichts nützt und dem Anderen schadet, auch weil die Schädigung der Beweggrund des Handelns ist. Daher könne die Rechtmässigkeit nicht in der Weise bekämpft werden, dass über die bösliche Absicht Beweis angeboten und etwa der Eid zugeschoben werde. Wenn aber die Böswilligkeit unzweideutig zu Tage trete, dann entziehe die Rechtsordnung ihren Schutz. — Wenn es sich aber um Umstände handelt, welche den Schutz der Rechtsordnung ausschliessen, dann ist nicht einzusehen, weshalb über sie nicht soll Beweis angeboten werden können. Auch „unzweideutig zu Tage tretende Böswilligkeit" kann bis zum Beweise dem Richter verborgen bleiben.

Ich schliesse hiermit die Litteraturübersicht; die hier nicht erwähnten Schriftsteller sind zum Teil oben S. 84 f. zum Teil im Laufe der Darstellung genannt.

Die alte Lehre von dem Verbot der Chikane klammerte sich an das Verbot des Bauens aus Aemulation, das jeder Begründung entbehrt. Es lehnte sich an die l. 3

---

1. Gegen Ihering auch Dernburg, Pand. I § 41 Anm. 7.

D. 50, 10 an, wo dies Wort vorkommt. Aemulari heisst Wetteifern, aeumlatio an dieser Stelle nach unserer Auffassung Wettbewerb; wie man auf den Gedanken kommen konnte, es mit Chikane zu übersetzen, ist kaum zu begreifen. Teilweise wird noch in neuerer Zeit, wie die Darstellung zeigt, an diesem Verbot, wenn auch mit anderer Begründung festgehalten. Eine Reihe von Schriftstellern beschränken das Chikaneverbot auf die gleichen Rechtsverhältnisse; so besonders Sintenis a. a. O. Andere Schriftsteller bezeichnen das Chikaneverbot ausdrücklich als für dingliche und persönliche Rechte geltend; so besonders Böcking a. a. O., während andere wieder dies zwar nicht ausdrücklich tun, jedoch keineswegs das Chikaneverbot auf dingliche Rechte beschränken, also zweifellos es auch für persönliche Rechte in Anwendung bringen wollen. Insbesondere bezeichnet man auch die exceptio doli generalis als dasjenige Rechtsmittel, welches bei obligatorischen Rechtsverhältnissen einem chikanösen Rechtsmissbrauche begegnen soll. Von ihr soll der folgende § handeln.

§ 6.
Die exceptio doli generalis.

Ich habe die Ansicht, die exceptio doli generalis diene der Abwehr der chikanösen Rechtsausübung nur bei Dernburg Pand. I § 41 Anm. 8 gefunden. Es ist auf der einen Seite schwer, auf der anderen leicht, diese a. a. O. nicht näher begründete Auffassung zu bekämpfen; leicht und schwer, weil eben eine nähere Begründung fehlt. Eine eingehende Untersuchung würde uns auch hier zu weit führen; ich muss mich daher darauf beschränken, die

feststehenden Resultate der Wissenschaft hier zu Grunde zu legen.[1]

Die exceptio doli lautet bei Gajus 4,119: si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat. In dem letzten Teile der Formel findet man die sog. exceptio doli generalis. Bekanntlich ist diese Bezeichnung nicht quellenmässig, sie ist zudem recht unglücklich gewählt. Denn es erweckt den Anschein, als handle es sich um verschiedene Einreden, während es sich in der That um eine Einrede, die exceptio doli schlechthin handelt, sodass nicht etwa gelegentlich die exceptio doli generalis allein erteilt wurde. Was mit der Erweiterung der auf den Spezial-Dolus gerichteten Formel bezweckt wurde, ist in den Quellen hinlänglich bezeugt. Es fragte sich alsdann, an dolus agendo fiat; und man fand einen dolus darin, dass jemand einen Anspruch, dem irgend eine beliebige Einrede entgegenstand, gerichtlich geltend machte (l. 2 § 5 D. de doli mali exc. 44, 4): dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Und Paulus in l. 1 § 1 eod. bezeugt, dass der Praetor die exceptio doli aufstellte, „ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit"; es solle also die Billigkeit zur Geltung gebracht werden. Ebenso äussert sich Papinian in l. 12 eod. Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Also die aequitas soll zur Geltung kommen, um ihretwillen tritt man dem dolus entgegen. Damit soll aber nicht etwa der dolus erklärt werden; wann dolus vorliegt, ist eine andere Frage. Dies lässt auch Paulus a. a. O. deutlich erkennen, denn er fährt in § 2 fort: „Sed an dolo

1. Windscheid, Pand. I § 47 Anm. 7. — Hänel, über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli im Arch. f. civ. Pr. Bd. 12 S. 468 ff. — Römer, die exceptio doli, insbes. im Wechselrecht i. d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 20 S. 48. — Pernice, Labeo Bd. II 1, 2 Aufl. S. 231 ff.

quid factum sit, ex facto intelligitur." Also die aequitas ist nur dafür massgebend, dass man dem dolus entgegen tritt; es ist aber unzutreffend zu sagen, die exceptio doli richte sich schlechthin gegen das, was der aequitas widerspreche. Die Frage nach dem dolus ist vielmehr anderweit zu beantworten:[1] und zwar ex facto. Die exceptio doli generalis war nun, wie bereits bemerkt, keine in formeller Hinsicht von der exc. doli specialis verschiedene Einrede. Wurde vielmehr auf Grund jenes „neque fiat" vom Richter ein dolus konstatiert, so lag lediglich materiell irgend eine andere Einrede vor. Was general war, war nur die prozessuale Geltendmachung; mit anderen Worten: dem Beklagten wurde die Substantiierung erleichtert bezw. erspart. Der Kondemnationsbefehl lautete: Verurteile, falls nicht die exceptio doli oder irgend eine andere Einrede vorliegt. Also um dem Beklagten die Substantiierung zu ersparen, konstruierte man aus der Einklagung eines Anspruchs, dem eine Einrede entgegenstand, einen Dolus. Ob im Einzelfalle dann freilich der Geschworenenrichter geneigt war, einen solchen Dolus anzunehmen, blieb ihm überlassen; aber die Spruchpraxis fixierte die Fälle: lediglich vom geschichtlichen Standpunkt ist sonach noch die sog. exceptio doli generalis zu betrachten. Der Beklagte hätte seine Einrede auch in factum formulieren können, er hätte beispielsweise einwenden können: So, wie der Kläger den Vertrag auslegt, war er nicht gemeint; die wahre Parteiabsicht war eine andere (l. 4 § 1 D. 44. 4.) Eine derartige Einrede existierte eigentlich nicht; wollte der Praetor ihr Geltung verschaffen, so konnte er sie einfügen, so gut wie

1. Daher ist es nicht ganz zutreffend, wenn man sagt, die exceptio doli habe Platz gegriffen gegen jede mit Treu und Glauben in Widerspruch stehende Handlungsweise, gegen jede in der Geltendmachung eines Rechts liegende Unbilligkeit, so Römer a. a. O. S. 51, während er S. 53 treffend jene Digestenstelle als historische Notiz über das Motiv der Aufstellung der exceptio doli bezeichnet.

er zahlreiche andere Spezialeinreden formulierte. In der That war der Praetor geneigt, eine derartige bisher noch nicht anerkannte Einrede zu beachten; und nicht nur diese, sondern zahlreiche andere vom Beklagten zur Abwendung der Klage vorgebrachte Thatsachen. Zur Vereinfachung erfand er die exceptio doli generalis. Er sagte nämlich: Wer klagt, obgleich ihm eine Einrede entgegensteht, begeht einen dolus; in allen Fällen, in denen ich nunmehr die exceptio doli generalis gewähre, steht zwar von Civilrechts wegen der Klage eine eigentliche exceptio nicht entgegen; aber die vom Beklagten vorgebrachten Thatsachen sind, da ich sie ja jetzt hier berücksichtige, eine entgegenstehende exceptio, welche imstande ist, sein Recht zu beseitigen. Aber ganz logisch war dies nicht. Denn das „quaqua exceptione“ ist nicht auf irgendwelche im Edikte aufgestellte Exceptio zu beziehen.[1] Es wäre sonst gar nicht einzusehen, weshalb der Praetor nicht diese schon vorhandene Exceptio eingefügt hätte. „Quaqua exceptione“ geht vielmehr auf eine vom Beklagten vorgebrachte Thatsache, die nunmehr erst vom Praetor als die Klage elidierend anerkannt wurde. Das Unlogische, von dem ich eben sprach, liegt also darin, dass der Kläger, bevor der Praetor der vorgebrachten Thatsache Berücksichtigung schenkt, nicht insofern im Dolus sein kann, als er die elidierende Kraft dieser Exceptio kennt; denn er kennt sie eben vorher noch nicht. Hatte freilich der Praetor einmal diese Thatsache als die Klage entkräftend anerkannt, dann musste dem Kläger dies bekannt sein und man konnte sagen, wenn er nun doch klagt, so ist dies ein dolus. Diese

1. Dass der Praetor thatsächlich die exceptio doli an Stelle anderer exceptiones in factum gab, kann m. E. dieser Auffassung keinen Abbruch thun. Dies erklärt sich nämlich aus dem erwähnten prozessualen Vorteil, dass der Beklagte sich die Substantiierung der Einrede sparen konnte.

Konstruktion ist aber dann wieder bedenklich, wenn der Kläger sich in Rechtsunkenntnis befand, wenn er nicht wusste, dass der Praetor in dergleichen Fällen die exceptio doli generalis gewährte. In der That scheint ursprünglich auch dieser Unterschied gemacht worden zu sein.[1] Man forderte Bewusstsein der Widerrechtlichkeit, Kenntnis des Gegenrechts. Ohne sie war diese Art von dolus nicht gut denkbar. Dass dies später nicht mehr erfordert wurde,[2] ist bei dem Gange der Entwickelung der exc. d. g. ganz natürlich. Der Thatbestand des dolus war das Mittel gewesen, um gewissen Thatbeständen zur Rechtswirksamkeit zu verhelfen und zwar, indem man sie alle unter einen Hut brachte. Es entwickelten sich schliesslich allgemeine Rechtssätze, die Form des Dolus blieb jedoch. Also im Grunde genommen war es von Anfang an nicht der dolus gewesen, welcher den betreffenden Thatbeständen zur Rechtswirksamkeit verhalf. Der Dolus war nur die Form, das Kleid, in welche das Recht gebracht wurde; es war modern ausgedrückt, der Truc des Praetors. Dass es unlogisch war, sahen wir. Es war dies aber noch aus weiteren Gründen. Wenn ich ein subjektives Recht habe, wie soll dies allein durch die blosse Thatsache, dass ich es einklage, ein Unrecht werden? Es widerspricht der vernünftigen Anschauung, dass ein Recht erst in diesem Augenblicke zum Unrecht werden kann. Es war hiernach offenbar schon vorher ein totes Recht, der dolus nur die Form,

---

1. Vgl. Pernice a. a. O. S. 247, der auf anderem Wege zu diesem Resultat kommt: weil man die exc. doli gegen Respektspersonen nicht zuliess. Sie warf nämlich auf den Kläger ein schlechtes Licht (l. 4 § 16, l. 7 § 2, h. t.); dies sei nur denkbar, wenn man in dem dolus nicht einen objektiven Verstoss gegen die fides bona erblicke, sondern in der Einrede den Vorwurf eines ungehörigen, mit dem Anstande unvereinbaren Betragens und einer unanständigen Gesinnung fände.

2. Vgl. Pernice a. a. O. S. 297.

in welcher eine Reihe von Spezialeinreden geschaffen wurden. Wir müssen uns nun im Folgenden der Frage zuwenden: War die exc. d. g. dazu da, und ist sie es heute noch, allen Billigkeitseinreden zum Rechte zu verhelfen?

Es ist offenbar unrichtig, die Frage aufzuwerfen: Liegt in der Klage insofern ein dolus, als der Anspruch unbillig ist? So würden wir nur nach der Form, nicht nach dem Wesen der Sache fragen. Die Frage ist vielmehr so zu stellen: Ist der Anspruch insofern nicht gerechtfertigt, als ihm ein anerkanntes Gegenrecht gegenübersteht? Denn um feststehende Gegenrechte handelte es sich bei der exc. d. g. doch schliesslich.[1] Wer dann hierin einen Dolus finden will, der mag dies thun. Es ist dies dann ein blosser Name, aber ein durchaus unpassender. Also: nicht unbillige Klagen schlechthin stellen einen Dolus im Sinne der exc. d. g. dar, sondern nur gewisse Klagen sind im Laufe der Rechtsentwickelung mit Rücksicht auf feststehende Billigkeitseinreden des Beklagten als unbillig gekennzeichnet worden. Der Formensinn der Römer bildete hierfür jenen erweiterten Dolusbegriff; immer aber war das Gegenrecht das primäre, die Form des Dolus das secundäre. — Ich kann hier die gesamte Litteratur nicht berücksichtigen. Die eben angezogenen Schriftsteller suchen vom Standpunkt der Quellen zu beweisen, dass die exc. d. gen. heute keine Geltung mehr habe; hier soll versucht werden, dies aus ihrem Wesen heraus zu beweisen.

Wollte man heute noch die exc. d. g. als bestehend annehmen, so würde man alle jene gerügten Fehler mitmachen; man würde eine prozessuale, offenbar unlogische römische Rechtsform benutzen, um die Billigkeit zur Geltung zu bringen, und man würde weiter gehen, als

1. Vgl. Römer a. a. O. S. 56 ff. — Pernice a. a. O. — Windscheid a. a. O.

das römische Recht selbst, welches nicht die Billigkeit schlechthin, sondern nur einzelne bestimmte Einreden in dieser Form anerkannt hat.[1] Dieser Standpunkt ist unabweislich, wenn man daran festhält, dass der Dolus nichts als eine Fiktion war und also die exceptio doli generalis selbst mehr eine Konstruktion als ein Recht darstellte. War es aber nur eine Konstruktion, dann hindert uns nichts, mit ihr nach unserem freien Belieben zu schalten und uns auf einen anderen Standpunkt zu stellen, indem wir sagen: Wer ein Recht einklagt, begeht damit allein keinen dolus, mag dem Recht ein noch so mächtiges Gegenrecht gegenüberstehen. Für uns ist die Hauptsache, dass diese Gegenrechte anerkannt sind. Die Form, den dolus lassen wir fallen; wozu brauchen wir sie, nachdem das Kunstwerk geschaffen ist? Dass die Römer selbst diese Form brauchten, hing mit ihrem ganzen Rechte zusammen. Wir haben keinen Praetor, der Rechte nach Belieben begründen und aufheben kann.

Hiernach ist die exc. doli gen. nicht mehr zulässig und kann folglich auch kein Rechtsmittel zur Bekämpfung der Chikane sein. Hierfür sprechen noch zwei weitere Momente: 1. Die Quellen geben nirgends die exceptio d. g. gegen böswilligen Rechtsmissbrauch. 2. Bei der exc. d. g. erzeugt der Thatbestand den sog. Dolus, das rechtswidrige wird darin gefunden, dass das Klagerecht „im gegebenen

1. Die exc. d. gen. erklären noch für praktischen Rechtes: Dernburg, Lehrb. d. pr. Prr. I § 127 und Pand. I § 138; Förster, Theorie und Praxis des prr. Pr. I § 31; so auch die Praxis. Regelsberger, Pand. § 192 meint, die prozessuale Funktion der exc. d. g. sei beseitigt, nicht aber ihre materiellrechtliche. — Mir scheint eben, dass gerade die Prozessform die ausschliessliche Trägerin des in der exc. d. g. liegenden Rechtsgedankens war und dass mit dem Wegfall dieses Trägers das ganze Rechtsgebilde zusammenbrach. — Gegen die exc. d. g. auch Eck in Holtzendorfs Rechtslex. I S. 553.

Falle nur die Form, nicht das Wesen des Rechtes hatte" (so Dernburg Pand., § 138). Anders verhält es sich mit der Chikane. Denn bei der böswilligen Rechtsausübung wird ein offenbares Recht ausgeübt, in der Absicht, lediglich einem anderen zu schaden. Hier ist es also die Absicht, d. h. die böse Gesinnung, welche die Widerrechtlichkeit erzeugt.

Ich bin am Ende der Untersuchung angelangt und verzeichne das Ergebnis: dem römischen Recht ist sowohl ein allgemeines als auch besonderes Verbot des böswilligen Rechtsmissbrauchs unbekannt. Dies will heissen, dass es die Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne nicht deswegen für unzulässig erklärte, weil man das Recht nur zu dem Zwecke ausübe, einem anderen zu schaden. In der That waren auch die Bildungen des römischen Rechts mannigfaltig genug, um zu argen Ausschreitungen im Rechtsgebrauche zu begegnen oder vorzubeugen. Hierher rechne ich vor Allem die besprochene l. 38, D. 6, 1, welche nach unserer Deutung gerade auf diesen Zweck, der Chikane vorzubeugen, hinweist. Es sind hier ferner zu nennen die Vorschriften über das tignus junctum, über die Spezifikation, die Bestimmung, dass bei der Inkorporation in Mobilien die Nebensache der Hauptsache folgt, die Vorschriften über Confusion und Commixtion. — Ich verweise ferner auf das beneficium excussionis des Bürgen. Da bis auf Iustinian der Gläubiger sich nach Belieben erst an die Bürgen halten konnte, so eröffnete sich für den Gläubiger hiermit ein ergiebiges Feld für die Chikane. Freilich erschien hier das Recht selbst als eine Härte. Aber mit jener Einrede war offenbar der Chikane vorgebeugt. Nunmehr konnte freilich die Einrede missbraucht werden; so, wenn der Hauptschuldner abwesend war, wenn er in Konkurs geriet u. s. f. Daher versagte man die Einrede für diese Fälle. — In analoger Weise beugte die exceptio divisionis der Chikane vor. Hier wie in den übrigen der genannten Fälle kann es zu einem Rechtsmissbrauch gar

nicht kommen. Wollte der Gläubiger zur Chikane den Bürgen vor dem Hauptschuldner belangen, so überschritt er sein Recht und wurde aus objektiven Gründen zurückgewiesen. Diesen objektiven Gesichtspunkt treffen wir vor Allem da an, wo das Hauptfeld der Chikane liegt, wo nämlich die in Widerstreit geratenden Interessen auch in der Aussenwelt aufeinander stossen, im Nachbarrecht. Hier sind zahlreiche Bestimmungen ein durchaus genügender Schutz gegen die Chikane. Die Cautio damni infecti, die novi operis nuntiatio, die actio aquae pluviae a. sind hier zu nennen. Hinsichtlich der letzteren verweise ich auf jenen Fall des mangelnden Kulturinteresses; es ist dies ein objektives Moment, in welchem das subjektive der Chikane verschwindet. Ich nenne endlich das Verbot der Immissionen.[1] Alle diese Fälle sind selbstverstandlich nicht der Chikane wegen geschaffen; sie dienen vielmehr der Ausgleichung der Interessen und ihre Voraussetzungen sind, wie mehrfach bemerkt wurde, rein objektive; und es ist unzutreffend, an verschiedenen der hierher gehörigen Rechtsvorschriften einen subjektiven Gesichtspunkt als aus-

1. Unzutreffend bezeichnet Regelsberger Pand. § 54 S. 229 ff. die actio Pauliana als hierher gehörig. Wenn der Schuldner fraudulos veräussert, so kann man nicht sagen, er übe ein Recht zum Nachteile der Gläubiger aus, da die Veräusserung nicht Rechtsausübung ist; vgl. hierüber u. § 12. Auch das andere von R. genannte Beispiel: „si quis omissa causa testamenti“ scheint mir nicht hierher zu passsen. Wie R. auch Bauke a. a. O. S. 33, 34; daher gehört auch Gaj. I 37 nicht hierher. Auch die meisten anderen von Bauke erwähnten Fälle sind unzutreffend gewählt. Ganz irrig ist es, wie Bauke es thut, im Calumnieneid eine Vorbeugung gegen chikanöse Rechtsausübung zu erblicken. Er ging dahin: der Prozess werde nicht wider besseres Gewissen angestrengt. Wer chikanöser Weise ein Recht einklagt, kann diesen Eid mit ruhigem Gewissen leisten; er ist ja von seinem Recht nur zu sehr überzeugt.

schlaggebend anzusehen. Aber dennoch greifen sie auch in den Fällen böswilligen Rechtsmissbrauchs Platz, sowie nur auch jene objektiven Voraussetzungen gegeben sind. Hier ist endlich noch auf die actio injuriarum hinzuweisen. Sie richtet sich gegen die Missachtung der Person, vermag also die böswillige Rechtsausübung nur in soweit zu treffen, als in ihr gleichzeitig eine Injuria enthalten ist, was keineswegs immer der Fall ist.[1]

Zum Schlusse der Darstellung über die Chikane im römischen Recht finde noch folgende Bemerkung Platz: Bauke a. a. O. S. 16 schliesst „aus der Fülle der Ausdrücke wie fraus, calumnia, malitia, dolus u. s. w.", eine wie grosse Rolle bei den Römern der Rechtsmissbrauch gespielt habe. Ich habe es ganz unterlassen, auf die Terminologie Gewicht zu legen; doch möchte ich gegenüber den Bemerkungen Baukes darauf hinweisen, dass der Ausdruck für Chikane, welche den Römern auf dem Gebiete des Prozessrechts wohl bekannt war, „vexatio" ist. Aber grade dieses Wort findet sich an keiner der Stellen, auf welche man die Lehre von der Chikane im römischen Rechte gründet.

---

1. Eine solche liegt ganz offen in dem bekannten (von Ihering mitgeteilten) Falle vor, wo der Grundstückseigentümer, um seinen Nachbarn zum Ankauf seines Grundstücks zu nötigen, stets zur Mittagszeit, wenn bei dem Nachbarn, einem Gastwirt, gegessen wurde, die Mistkuhle umrühren liess. Hiergegen musste der Nachbar reagieren können. Nach römischem Recht war offenbar die actio injuriarum begründet; aber nicht aus dem Gesichtspunkt der Chikane, sondern der in der Handlung liegenden Beleidigung. Bekannt ist folgender Fall: Konkursgläubiger lassen dem Verwalter, den sie im Verdacht der Unredlichkeit haben, ein Ständchen bringen und die Melodie: „Ueb immer Treu und Redlichkeit" und andere anzügliche Lieder blasen. Ist es ein Rechtsmissbrauch, wenn z. B. die Gläubiger auf ihren eigenen Trompeten blasen; also Missbrauch ihres Eigentumsrechts? Gewiss nicht; aber eine Beleidigung liegt vor.

§ 7.
Die Iudikatur.

Es bleibt uns noch übrig, einen Blick auf die Rechtsprechung zu werfen. Bei der bis auf Thomasius herrschenden Lehre vom Verbot des Bauens aus Aemulation ist klar, dass die ganze damalige Rechtsprechung dieses Verbot zur Geltung brachte. Wir haben bereits oben S. 95 einen von Carpzow mitgeteilten Fall kennen gelernt. Das Verbot spukt auch sonst in zahlreichen Entscheidungen. vgl. Klein, merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen Fakultät Bd. I, S. 282; Richter, decis. I, N. 6 und III. N. 131; de Lyncker, rerum in dicast. Jen. decis. n. 567, 967, 1189; Nettelbladt, Rechtssprüche des O. A. G. zu Parchim B. 5 S. 128.

Aus neuerer Zeit sind die Fälle, wo die Frage der Chikane bis an die obersten Gerichtshöfe gelangt ist, recht gering.

Die Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 1. Dez. 1874 (Seuff. 32, 204) erkennt an, dass die Ausübung eines Rechts unerlaubt werden könne, wenn sie lediglich in der Absicht und zu dem Zwecke erfolge, einem anderen zu schaden. Im fraglichen Falle hielt das Gericht die Chikane jedoch nicht für erwiesen. Ein eigentliches Präjudiz liegt somit in dieser Entscheidung nicht. — Dasselbe gilt von dem Urteil des O. L. G. Darmstadt v. 5. Juni 1882 (Seuff. 37, 292), sowie dem Urteil des O. L. G. Hamburg v. 3. Jan. 1890 (Seuff. 45, 167). — Das Erkenntnis des O. A. G. Jena v. 29. Nov. 1878 (Seuff. 35 ,273) erklärt die chikanöse Errichtung einer Mauer, durch welche Nachbarfenstern Licht entzogen wird, für unzulässig und verurteilt zur Beseitigung der Mauer und zu Schadensersatz. Das Erkenntnis spricht sogar noch von Neidbau. — Die Entscheidung bei Seuff. Arch. 10, 222 erörtert insbesondere die Beweisfrage bei der Chikane und geht von dem im Hamburger Statut Art. 8 II 20 ausgesprochenem Verbot

aus, dem Nachbarn nicht aus blosser Chikane Fenster und dgl. zu verbauen.

Diesen Entscheidungen steht das Erkenntnis des O. A. G. Darmstadt vom 24. Aug. 1875 (Seuff. 31, 118) gegenüber, welches ausdrücklich sagt, dass das Chikaneverbot „keine gesetzliche Stütze habe". Ebenso äussert sich das Erk. des O. A. G. in Berlin vom 7. Nov. 1867 (Seuff. 21, 192): „ein allgemeiner Rechtssatz, dem zu Folge der Eigentümer sein Eigentum ohne eigenes Interesse nicht zum Nachteil eines anderen ausüben dürfe, könne aus den dafür angeführten Stellen des römischen Rechts nicht abgeleitet werden." — Es ist sonach nicht zutreffend, wenn Regelsberger, Pand. I § 54 von diesen Entscheidungen meint: „es sei zweifelhaft, ob der Richter die Regel: „malitiis non est indulgendum" nicht anerkannte, oder ob er die Thatsachenvoraussetzung für deren Anwendung vermisste."

So ist es im Grunde genommen nur die eine Entscheidung, (Seuff. 35, 273, o. S. 115), welche auf Grund des gemeinen Rechts den Neidbau untersagt. Von einem Gerichtsgebrauch ist wenig zu merken.

II. Chikanöse Rechtsausübung nach dem Rechte des B. G. B.

§ 8.

Das Geschichtliche über den böswilligen Rechtsmissbrauch im B. G. B.

Der erste Entwurf kannte kein allemeines Verbot der Chikane, so wenig wie ein besonderes für einzelne Fälle. Die Motive I S. 274, 275 erkennen zwar an, dass „es gerechtfertigt erscheinen mag, dem Missbrauch eines Rechts zur Chikane entgegenzutreten". Sie halten es aber für be-

denklich, eine hierauf abzielende Vorschrift von allgemeiner Tragweite zu geben. Man müsse sich damit begnügen, dass die Rechtsordnung von vornherein nur solche Rechte anzuerkennen habe, „welche an sich geeignet sind, der menschlichen Gemeinschaft zu dienen". Aus den weiteren Ausführungen der Motive geht hervor, dass es vor allem Zweckmässigkeitsgründe waren, welche von der Einschaltung eines Chikaneverbots absehen liessen. Insbesondere erachten es die Motive für schwierig, darzuthun, dass jemand an der Ausübung eines Rechts keinerlei sonstige Interessen irgend welcher Art habe. Endlich befürchten sie, „dass das, was zur Abwehr des Missbrauchs verordnet wird, zur Bestreitung rechtmässiger Ausübung, zur Rechtskränkung missbraucht werden könne." Aus diesen Gründen schweige der E. I gänzlich. Dass er einen chikanösen Rechtsmissbrauch (den er somit offenbar zuliess) nicht ausdrücklich als zulässig bezeichne (mittelbar oder unmittelbar), beruhe darauf, dass es einmal nicht nötig sei, aber zudem die Vorstellung erwecken könnte, als werde „dieses offenbar unsittliche Verhalten" gebilligt. Ausdrücklich verwahren sich die Motive dagegen, dass der § 705 E. I auf die Chikane anwendbar sei, da er ein Handeln kraft allgemeiner Freiheit, nicht kraft besonderen Rechts voraussetze.[1]

In diesen Ausführungen der Motive ist zu beachten, dass die Möglichkeit und gleichzeitige Unsittlichkeit einer chikanösen Rechtsausübung durchaus zugegeben, von einer ihr entgegentretenden Massregel aber nur aus rechtspolitischen Gründen Abstand genommen wird. Die Motive deuten zugleich an, in welcher Weise dem böswilligen Rechtsmissbrauch begegnet werden kann, nämlich entweder durch eine allgemeine Vorschrift, welche jeden böswilligen Rechtsmissbrauch untersagt, oder

1. Den Wortlaut des § 705 E. I s. u. § 13, über sein Verhältnis in seiner jetzigen Fassung als § 826 zum § 226 s. ebenfalls u. § 13.

durch Einzelvorschriften, welche ihn in Einzelfällen untersagen oder endlich dadurch, dass die Rechtsordnung, wie die Motive sich ausdrücken, „nur solche Rechte anerkennt, welche an sich geeignet sind, der menschlichen Gesellschaft zu dienen.“ Es handelt sich also darum, dass zur Bekämpfung oder Vermeidung der Chikane die subjektiven Rechte in ihrer Ausdehnung eingeschränkt werden sollen. Die Motive selbst geben eine Andeutung, in welchem Sinne sie dies verstehen. Sie citieren die §§ 970 u. 1048 (jetzt 1020 u. 1090 Abs. 2).

§ 970 lautete: „Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks thunlichst zu schonen. Hält er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstücke eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmässigem Zustande zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.“[1] Die Vorschrift findet sich ähnlich in anderen Rechtssystemen,[2] sie ist mit geringen Abweichungen ins B. G. B. übergegangen. Sie trägt nicht etwa, wie die Worte der Motive a. a. O. (cf. verba: „im Einzeln“) könnten vermuten lassen, den Charakter eines Chikaneverbots im Einzelnen. Es handelt sich um eine Einschränkung des Rechts, welches von vornherein nur insoweit begründet wird, als es „geeignet ist, der menschlichen Gesellschaft zu dienen.“ Also der objektive Gesichtspunkt ist für die Frage massgebend, ob im gegebenen Falle eine zulässige Ausübung einer Grunddienstbarkeit vorliegt. Das ist ein sicherer Massstab für den Richter. Nach inneren Momenten braucht er nicht zu fragen. Denn von den Motiven, die den Rechtsausübenden leiten, sieht alsdann das Recht

1. § 1048 (B. G. B. 1090 Abs. 2) schreibt die entsprechende Anwendung für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vor.

2. Sächs. B. G. B. § 524; A. L. R. I 22 §§ 32—34, 60, 80, 241 ff.; l. 9. D. de servit. 8, 1.

gänzlich ab (im Gegensatze zum Chikaneverbot, wo es auf das Motiv ankommt). Jede chikanöse Ausübung der Grunddienstbarkeit ist ausgeschlossen. Denn wer eine Grunddienstbarkeit nur zu dem Zwecke ausübt, dem Eigentümer zu schaden, der wird offenbar von jener Vorschrift betroffen. Dies ist nun auf der einen Seite umfassender, auf der anderen enger als ein Chikaneverbot. Dieses zieht, wie bemerkt, die Motive, welche den Rechtsausübenden bewegen, in Betracht, fordert also in erster Linie vorsätzliches Handeln. Unter den § 1020 B. G. B. fällt aber auch fahrlässiges Handeln, vor allem auch Unterlassen. So kann z. B. für denjenigen, welcher eine Traufgerechtigkeit oder eine Abflussgerechtigkeit über ein Grundstück hat, die Verpflichtung entstehen, diesen Abzugskanal zu bedecken.[1] Unter das Chikaneverbot kann ein solches Unterlassen nicht fallen; wohl aber unter Umständen (wenn nämlich offener Abfluss, weil übelriechend, dem Grundstückseigentümer lästig ist) unter § 1020 B. G. B. Diese Vorschrift ist jedoch insofern enger als ein Chikaneverbot, als die Ausübung der Servitut lediglich dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber eingeengt wird. Naturgemäss; denn der Eigentümer ist in erster Linie gefährdet, mit ihm wird der Grunddienstbarkeits-Berechtigte am ehesten in Kollision geraten.

Wenn der Satz 2 des § 750 vom Berechtigten die Erhaltung von Anlagen auf dem fremden Grundstücke fordert (nach § 1021 B. G. B. tritt jedoch diese Verpflichtung nur bei besonderer dahingehenden Bestimmung ein), so scheint mir dies nur ein Spezialfall der in Satz 1 § 750 (§ 1020 B. G. B.) auferlegten Beschränkung zu sein. Denn wenn dem Berechtigten auferlegt wird, das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks thunlichst zu

1. Vgl. A. L. R. I 22, § 60 in seiner richtigen Auffassung; Koch, zu diesem §.

schonen, so heisst dies offenbar nicht nur, er solle das, was das Interesse verletze, thunlichst unterlassen, sondern auch, er solle alles thun, um jenes Interesse zu schonen. Die Motive III S. 483 sehen in dieser Vorschrift eine Erweiterung der Vorschrift des ersten Satzes; das Recht der Dienstbarkeit werde durch die Auferlegung einer Legalobligation begrenzt. Diese Auffassung scheint mir jedoch nicht zutreffend. Wenn das Gesetz, sei es wie hier ausdrücklich, sei es, wie im ersten Satze, allgemein, vom Servitutberechtigten gewisse Handlungen fordert, so ist hierin keine obligatorische Verpflichtung zu erblicken. Das Gesetz stellt die Normen auf, unter deren Beobachtung der Servitutberechtigte sein Recht ausüben darf. Auf die einzelnen Handlungen, zu denen sich der Servitutberechtigte hierdurch genötigt sieht, kommt es dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gar nicht an, ihm liegt nur daran, keinen Schaden zu erleiden („soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert") Die Verpflichtung ist nichts als eine Begleiterscheinung der Servitut; sie ist eine Instruktion für den Servitutberechtigten. Von einem dem Eigentümer des dienenden Grundstücks verliehenen Rechte auf Herstellung des ordnungsmässigen Zustands ist keine Rede. Handelte es sich um eine Obligation, so müsste doch ein derartiges besonderes Recht begründet sein. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann jedoch lediglich Schadensersatz mit der negatoria verlangen; wie dies übrigens die Motive anerkennen. Die Schädigung des belasteten Grundstücks durch den Servitutberechtigten, welcher die Anlage auf dem dienenden Grundstück nicht unterhält, ist somit nicht durch Unterlassung einer obligatorischen Verpflichtung, sondern durch die Ueberschreitung des Servitutenrechts begründet.

Es stellt sich hiernach die Unterlassung alles dessen, was dem Servitutberechtigten zur Schonung des Eigentums geboten ist, als Rechtsüberschreitung dar; der herbeige-

führte Schaden verpflichtet aus diesem Grunde zum Ersatze. Bei der Chikane erhebt sich dagegen erst die Frage: War der Schade der beabsichtigte Zweck? — Wie sehr grade die Vorschrift, dass die Servitut schonend ausgeübt werden soll, der Chikane vorbeugen soll, zeigt die l. 9 D. de serv. 8, 1: Jemand hat die Servitut durch ein Grundstück zu gehen. Wollte sich nun der Servitutberechtigte auf sein Recht stützen, so hätte er es in der Hand, den Eigentümer des belasteten Grundstücks überaus zu chikanieren, indem er beispielsweise mitten durch dessen Landhaus oder durch die Weinberge ginge. Aber soweit reicht eben sein Recht gar nicht, nur civiliter darf er die Servitut ausüben, er soll den Eigentümer thunlichst schonen. Der Gesichtspunkt der Chikane bleibt dabei ausser Betracht. Und doch dringt er in der Entscheidung des Celsus a. a. O. durch: non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. „Aeque commode“: es wird also angenommen, dass der Servitutberechtigte ein besonderes Interesse grade einen Weg einzuschlagen, dessen Benutzung den Eigentümer des dienenden Grundstücks lästig ist, nicht habe. Freilich das Entscheidende bleibt, dass der Servitutberechtigte, wenn er einen anderen Weg benutzt, nicht zu kurz kommt, nicht der Umstand, dass die Durchschreitung grade des Landhauses und des Weinbergs die reine Chikane wäre.

Es wurde oben S. 119 darauf hingewiesen, dass die Vorschrift des § 1020 B. G. B. enger ist als ein Chikaneverbot. Es ist nun aber zu beachten, dass das „Interesse“ des Eigentümers des belasteten Grundstücks thunlichst zu schonen ist. Hierzu bemerken die Motive a. a. O.: „Aus dieser Bestimmung folgt von selbst, dass der Servitutberechtigte auch in gleicher Weise auf die Interessen solcher Personen Rücksicht zu nehmen hat, welche von dem Eigentümer Rechte herleiten, denen die Grunddienstbarkeit

im Range vorgeht." Die Motive kommen zu dieser Ausdehnung auf Grund der Analogie. Dies scheint mir nicht ganz gerechtfertigt. Das „Interesse" des Eigentümers ist zu schonen und niemandes anderes Interesse. Auf diesem Worte, welches an sich schon einen weiten Spielraum zulässt, ruht der Ton. Ich meine also, dass das Interesse von Personen, welche von dem Eigentümer Rechte ableiten, denen die Grunddienstbarkeit im Range vorgeht, nur insoweit vom Servitutberechtigten thunlichst geschont werden müssen, als diese Interessen gleichzeitig diejenigen des Eigentümers sind. Das Interesse des nachstehenden Usufructuars z. B. ist nur zu berücksichtigen, soweit es gleichzeitig das Interesse des Eigentümers ist. Dies scheint auf den ersten Blick eine Unbilligkeit. Man wird fragen: Also soll sich z. B. der Usufructuar vom Wegeberechtigten in der Weise chikanieren lassen müssen, dass dieser mitten durch das Landhaus oder mitten durch den Weinberg geht? Die Antwort ist einfach die: Es frägt sich, ob er dadurch das Interesse des Eigentümers verletzt. Es ist kaum zu leugnen, dass dieser in zahlreichen Fällen ein grosses Interesse daran hat, dass auch der Usufructuar nicht in solcher Weise chikaniert werde. Aber es lassen sich wohl Fälle denken, wo dies nicht der Fall ist; dann hätte schliesslich der Servitutberechtigte so viele Interessen zu schonen, dass ihm von seinem Rechte nicht viel übrig bliebe.

Im vorangehenden wurde angedeutet, wie sich der E. I zur chikanösen Rechtsausübung gestellt hat und an einem von den Motiven selbst angeführten Beispiele wurde versucht, des Näheren darzuthun, inwieweit dem Standpunkte des E. I eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann. Gegen ihn erhob sich eine heftige Opposition.

Zunächst wurde im Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium der Antrag gestellt, „die Aufnahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte

einschliesslich des Eigentums und insbesondere wider die Chikane zu befürworten."[1] In der Kommission wurde der Antrag mit 6 gegen 11 Stimmen abgelehnt. Die Mehrheit ging vom Standpunkt der Motive aus und hob besonders die Schwierigkeit der Beweisführung hervor, sowie die Gefahr, dass grade die redliche berechtigte Rechtsausübung durch ein allgemeines Chikaneverbot in chikanöse Streitigkeiten verwickelt werden könne. Das Minoritatsvotum vermisste ein Chikaneverbot, wie es das A. L. R. kennt und in welchem ein gesunder deutscher Rechtsgedanke zum Durchbruch komme. Der Entwurf stehe auf dem Standpunkt, dass Missbrauch des Rechts zur Chikane erlaubt sei. Insbesondere im § 705 komme dies zur Geltung. Denn einmal sei es sehr schwierig, ja unmöglich, die Grenze zwischen Ausübung „allgemeiner" Freiheitsrechte und besonderer Rechte zu ziehen und der Unterschied zwischen Freiheitsmissbrauch und Rechtsmissbrauch sei innerlich unhaltbar. Der Chikane werde durch eine derartige Bestimmung ein förmlicher Freiheitsbrief ausgestellt. — Ferner wurde in § 848 das Eigentum als das Recht mit Ausschliessung anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, definiert, und im § 849 werde dem Grundeigentümer diese Willkürherrschaft auch über die Erdoberfläche und auf den Erdkörper unter derselben ohne jede Begrenzung zugesprochen. Es fehle an einer allgemeinen grundsätzlichen Schranke. Wo das Interesse des Eigentümers aufhöre, dürfe ihm die Ausübung seines Rechts zum Schaden anderer nicht gestattet sein. Die Aufnahme eines Chikaneverbots empfehle sich aus sittlichen und politischen Gründen.[2]

1. Hierüber und über das Folgende s. Verhandl. des Kgl. Landes-Oek. Koll. III. Session der IV. Sitzungs Per. S. 218, 252—254, 492—504.

2. Vgl. hierzu Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht.

Trotz der Ablehnung des Antrags hielt es die Kommission mit Rücksicht auf die von einer beträchtlichen Minderheit vertretene gegentheilige Ansicht für angezeigt, den Gegenstand zur Verhandlung des Landes-Oekonomie-Kollegiums zu stellen. Hier führte der Referent (Gierke) die im Minoritätsvotum niedergelegten Gründe aus. Er wies ferner harauf hin, dass im gemeinen Rechte die actio und exceptio doli diesem Zwecke (Chikaneverbot) diene und dass die gemeinrechtlichen Gerichte sich in der Lage hielten, derartigen lediglich auf Chikane beruhenden Missbräuchen entgegenzutreten. Insbesondere richtete sich der Angriff des Referenten gegen den § 705 E. 1. — Wenn auch die so angefochtenen Bestimmungen nicht Gesetz geworden sind, so scheint es mir doch von historischem und allgemeinem Rechtsinteresse zu sein, auf jene §§ des E. 1 und ihre Kritik näher einzugehen.

Es war gegenüber der Fassung des § 705 allerdings zutreffend, was der Referent ausführte. Durch die Worte „auf Grund der allgemeinen Freiheit“ waren die hier geschaffenen Delikte charakterisiert und von ihnen mussten alle auf Grund eines besonderen Rechtes erlaubten Handlungen als ausgeschlossen erscheinen, wenn sie auch dadurch noch nicht ausdrücklich als erlaubt bezeichnet waren. Es liess sich gegen die Unterscheidung noch Folgendes anführen. 1. Es wäre, wie der Referent bemerkte, oft sehr schwierig gewesen, festzustellen, ob eine Handlung auf Grund der allgemeinen Freiheit oder auf Grund eines besonderen Rechtes vorgenommen wird. Zu welchem dieser Begriffe gehören insbesondere die Veränderung, Uebertragung und Aufhebung der Rechte, die Besitzeshandlungen?

2. Die Schwierigkeit, festzustellen, ob im Einzelfalle beim Zusammentreffen von Handlungen, die auf Grund der allgemeinen Freiheit, sowie solcher, die auf Grund eines

besonderen Rechtes vorgenommen sind, jene oder diese für den entsprechenden Schaden causal waren.

3. Die Charakterisierung einer Handlung als einer auf Grund der allgemeinen Freiheit erlaubten, entbehrte, wie auch der Referent mit Recht hervorhob, der inneren juristischen Begründung. Der Begriff war freilich nichts Neues. Das A. L. R. I 9 § 505 erklärt, dass Rechte der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit, denen durch Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärung keine besondere Form oder Bestimmung vorgeschrieben ist (Res merae facultatis) durch die blosse Unterlassung des Gebrauchs derselben nicht verloren gehen. Damit soll eben ausgedrückt werden, dass nur Rechte im eigentlichen Sinne verjähren, aber nicht, was des Rechtscharakters entbehrt; dies ist der innere Grund für das Nicht-Platzgreifen der Verjährung. Es ist daher unzutreffend, allgemein da von res merae fakultatis zu sprechen, wo Rechte für unverjährbar erklärt werden, wo es sich also um ein unzweideutiges Recht und folglich um eine Ausnahme von der Regel, dass Rechte verjähren, nicht aber um eine Anwendung der Regel, dass nur Rechte verjähren, handelt. Der § 705 E. I vermied diesen Ausdruck des A. L. R.: Rechte der allgemeinen bürgerlichen Freiheit. Dem E. I kam es eben darauf an den Mangel eines besonderen Rechts zum Ausdruck zu bringen. Hat aber der Ausdruck „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlungen“ eine innere Berechtigung? Ein juristischer Begriff ist die allgemeine Freiheit gewiss nicht; denn was heisst überhaupt „allgemeine Freiheit?“ Was nach dem vorhin bemerkten mit diesen Worten gesagt sein soll, ist damit auch nicht ausgedrückt. Denn wenn man auch eine allgemeine Freiheit der Menschen, zu handeln und zu thun, was ihnen beliebt, so lange es nicht verboten ist, annehmen will, so ist es dennoch unzutreffend, diejenigen Handlungen, die zwar nicht rechtswidrig, aber auch nicht Recht sind, also die rechtlich un-

erheblichen, als „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubt" zu bezeichnen. Es handelt sich nicht darum, dass sie erlaubt, sondern darum, dass sie nicht verboten sind. — Was im Ganzen gemeint war, konnte freilich nicht zweifelhaft sein; insbesondere, dass die chikanöse Rechtsausübung nicht getroffen werden sollte, wie dies auch die Motive zu § 705 E. I aussprechen. In der Kommission zur Beratung des E. II wurde hervorgehoben, dass der § 705 E. I ausser Acht lasse, dass auch bei der Ausübung von Rechten in erheblichem Masse gegen die guten Sitten verstossen werden könne. Insbesondere bei dem Grundeigentume, bei der Ausübung der Servituten etc. könne dies zu Missständen führen. Im E. II erhielt dann auch der § 705 als § 749 die Fassung: „Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet." Diese Fassung wich vom E. I vor Allem darin ab, dass nur vorsätzliches Handeln betroffen werden sollte. Die Charakterisierung der Handlung als einer auf Grund der allgemeinen Freiheit vorgenommenen, war aufgehoben worden. Die an ihre Stelle getretenen Worte: „Handlungen, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt", liessen die Meinung des Gesetzgebers, dass auf Grund eines Rechts vorgenommene schädigende Handlungen nicht zu Schadensersatz verpflichten sollen, erst recht deutlich hervortreten. In der zum Gesetz gewordenen Fassung ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer einen Anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt (§ 826 B. G. B.) Die Worte: „Durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt", wurden von der Reichstags-Kommission gestrichen, so dass also auch eine in Ausübung eines Rechts vorgenommenen Handlung in-

begriffen ist. Ueber das Verhältnis des § 826 zum § 226 B. G. B. s. u. § 13.

Der zweite Punkt, auf den der Referent im Landes-Oekonomie-Kollegium hinwies, war die Ueberspannung des Eigentumsbegriffs. Diese habe sittlich und, weil der Chikane Raum gebend, erhebliche praktische Bedenken. Die schroffe Bestimmung des Eigentumsbegriffs erfordere als Correlat ein allgemeines Chikaneverbot. Die gerügten Mängel wurden schon im E. II beseitigt. Die Bedenken waren in der That nicht unbegründet, und wenn dem Referenten entgegengehalten wurde (Struckmann; s. a. a. O. S. 496f), dass der auf Beseitigung eines Tunnels oder eines Telegraphendrahtes klagende Eigentümer aus dem Grunde abgewiesen werden müsste, weil die nach § 943 E. I erforderliche Beeinträchtigung des Eigentums nicht vorliege, so war dies insofern nicht zutreffend, als bei einer unbeschränkten, vom Interesse des Eigentümers unabhängigen Ausdehnung des Eigentumsbegriffs in beiden Fällen formell eine Beeinträchtigung des Eigentums vorlag.

Während dem Referenten im L. Ö. K. von Seiten des Oberlandesgerichtsrats Struckmann lebhaft widersprochen wurde, stellte sich Professor Schmoller durchaus auf die Seite des Referenten. Er machte insbesondere darauf aufmerksam, dass auch das preussische Recht das Chikaneverbot kenne, dass aber daselbst von der gefürchteten Unsicherheit des Eigentumsbegriffs nichts zu merken sei. Wenn alsdann Professor Schmoller ausführte, dass die segensreichen Bestimmungen des französischen Rechts über die concurrence illoyale (soll heissen déloyale), weil der Chikane entgegentretend, ein Beleg für die Berechtigung eines allgemeinen Chikaneverbots sei, so ist hiergegen Folgendes zu bemerken. Bei der concurrence déloyale handelt es sich um Schadenszufügungen, die nicht durch böswilligen Missbrauch eines besonderen Rechts entstanden,

vielmehr grade auf Grund der sog. allgemeinen Freiheit „an sich erlaubt sind."

Prof. Schmoller stellte im L. Ö. K. folgenden Antrag: Es bedarf der Aufnahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte einschliesslich des Eigentums und insbesondere wieder die Chikane nach dem Vorbilde des preussischen Landrechts. Diesem Antrage schloss sich hierauf Freiherr von Hövel an. Dagegen erklärte sich der Präsident des Oberlandes-Culturgerichts als Gegner eines Chikaneverbots. Dieser ging des Näheren auf den Nachweis ein, dass die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts in §§ 27, 28 I 8 und 36, 37 I 6 nichts anderes enthielten, als was der § 704 E. I. bestimmte. Dies war, wie auch der Referent, Professor Gierke bemerkte, nicht richtig. Denn die §§ 27, 28 I 8 handeln von der Ausübung des Eigentumsrechts, die §§ 36, 37 I 6 von der eines irgend beliebigen Rechts, während der § 704 E. I ausdrücklich eine widerrechtliche Handlung und der § 705 E. I eine zwar nicht widerrechtliche, aber doch auf keinem besonderen Rechte beruhende Handlung voraussetzt. — In der Abstimmung wurde der Antrag von Prof. Schmoller mit 11 gegen 9 Stimmen angenommen.

Diesem Beschluss stimmte die Kreuzzeitung vom 6. Dezember 1889 rückhaltslos zu.[1] In dem Hamburger Correspondenten vom 1. Februar 1890 wurde hervorgehoben, dass jede Rechtsausübung, der auch nur das geringste Mass eines Interesses zu Grunde liege, für eine berechtigte zu erachten sei. Für den Fall des Mangels jeglichen Interresses empfehle es sich jedoch, die Aufnahme einer allgemeinen Bestimmung über Chikane in Erwägung zu ziehen. Auch das römische Recht habe sie gekannt. Die ablehnenden Gründe der Motive, insbesondere die Beweis-

1. Vgl. hierüber und über das Folgende: Zusammenstellung der Gutachten VI S. 709.

schwierigkeit sei bei der freien Beweistheorie nicht anzuerkennen. — Dagegen hielt die Nordd. Allg. Zeitg. vom 23. November 1889 grade wegen der Schwierigkeit, die chikanöse Rechtsausübung zu beweisen, nicht viel von einer derartigen Bestimmung. Es handle sich um eine sittliche Pflicht, die, wie andere sittliche Pflichten, schwer erzwingbar sei.

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs beriet in ihrer 35. Sitzung (Protokolle S. 475—478, Ausg. v. Guttentag I S. 238—240) über folgende Anträge: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstösst“ — eventuell: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellt, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen würde.“ Der Antragsteller führte aus, dass der Antrag einerseits die Geltendmachung eines beschränkten Chikaneverbots, andererseits die Anerkennung der sog. exceptio doli generalis bezwecke und der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der aequitas gegenüber dem formellen Rechte dienliches Mittel an die Hand geben solle. Die Spezialbestimmungen des Sachenrechts über den Umfang des Eigentumsrechts, das Nachbarrecht, die Servitutenausübung, liessen in dieser Hinsicht Lücken übrig. Das Bedürfnis für die Anerkennung der exceptio doli generalis ergebe sich daraus, dass das Gesetz nicht im Stande sei, die Voraussetzungen des subjektiven Rechts so zu normieren, dass die Geltendmachung desselben nicht doch im einzelnen Falle einen Verstoss gegen die guten Sitten enthalte.

Die §§ 106 und 105 E. I böten für die Fassung einer allgemeinen Vorschrift schon einen Anhalt. Von anderer Seite wurde der Antrag mit dem Hinweise darauf unter-

stützt, dass es sich empfehle, durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts der Neigung des Richterstandes zu einer lediglich den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung bringenden Rechtsprechung entgegen zu wirken.

Der Hauptantrag wurde abgelehnt und der Eventualantrag hierauf zurückgezogen. Massgebend waren, soweit es sich um ein Chikaneverbot handelte, die Gründe der Motive I S. 274, 275 sowie, was hierüber bei den Verhandlungen des L. Ok. Koll. seitens der Minderheit angeführt worden war. Gegen die exceptio doli wurde geltend gemacht, dass sie an Stelle einer festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters setze und die Grenze zwischen Recht und Moral verwische. Dem Zwecke jener exceptio geschehe im Entwurfe schon Genüge durch den § 359. Aus dem § 106 lasse sich für die beantragte Vorschrift kein Argument entnehmen. Es sei ein wesentlicher Unterschied, ob es sich darum handle, einem Thatbestand rechtliche Anerkennung zu Teil werden zu lassen oder nicht, oder ob die Ausübung einer rechtlichen anerkannten Befugnis in Frage stehe. — Soweit die Protokolle.

Der Hauptantrag war von einer geradezu beängstigenden Unbestimmtheit. Gegen ihn liess sich alles anführen, was je über die Verwischung der Grenze von Recht und Moral gesagt worden ist. Jeder sowohl obligatorische wie dringliche Auspruch hätte können zurückgewiesen werden, ohne dass auch nur die Absicht der Benachteiligung des Verpflichteten durch den Berechtigten vorlag, obgleich vielmehr der Berechtigte lediglich sein Interesse verfolgte, nur, weil die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstiess. Man könnte vielleicht sagen, wo ein berechtigtes Interesse vorliegt, kann auch von einem Verstoss gegen die guten Sitten nicht die Rede sein. Aber dies ist schon allgemein nicht zutreffend, da grade das hartnäckige Bestehen auf einem minimalen In-

teresse gegenüber einem ganz erheblichen Schaden unter den Umständen des Falles wohl einen Verstoss gegen die guten Sitten bilden kann. Vor allem aber konnte der Richter in seinem dunklen Drange[1] nach Billigkeit, jus aequum, in den begründetsten Ansprüchen einen derartigen Verstoss erblicken. Namentlich dieses Moment war das gefährliche. Wenn der Entwurf (und nach ihm das B. G. B.) in zahlreichen Fällen die guten Sitten als für die Entstehung eines Rechts massgebend hinstellt und wenn auch in dem Begriffe der „guten Sitten" ein objektiver Massstab gewählt und ein subjektiver, wie etwa „Sittlichkeit", glücklich vermieden wurde, so war es dennoch durchaus unbillig, über die Existenz eines einmal begründeten Rechtes einen zwar objektiven, aber doch im Laufe der Zeit wechselnden Massstab entscheiden zu lassen. Es war die Gefahr vorhanden, dass wohl begründete Rechte, die also, wie ihre weitere Existenz und ihre Anerkennung beweisen, zur Zeit ihrer Begründung mit den guten Sitten nicht in Widerspruch standen, wenn sie nach langer Zeit geltend gemacht wurden, keine Anerkennung mehr gefunden hätten, weil ihre Geltendmachung mit den nunmehrigen Sitten sich nicht vertragen hätte. Hiermit steht einmal in logischem Widerspruch, dass für das Recht selbst offenbar nur die Zeit seiner Entstehung in Betracht kommt, dass veränderte Sitten einem einmal begründeten Rechte an sich nichts anhaben können. Ferner sollen nach den E. G. § 170 für ein vor dem Inkrafttreten des B. G. B. entstandenes Schuldverhältnis die bisherigen Gesetze massgebend sein. Hiermit würde in merkwürdigem Widerspruch stehen, dass ein vor neuen bonis moribus entstandener Anspruch zwar hinsichtlich seiner Geltendmachung diesen neuen Sitten, welche sich hiernach gewissermassen rückwirkende Kraft beilegen, nicht aber einem neuen Gesetze unterliegen soll.

1. Vgl. Prot. S. 258 und Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. I S. 436 A. 6.

Auch der zurückgezogene Eventualantrag war noch recht weit gefasst. Ein Antrag sollte dann zurückgewiesen werden können, wenn erhellt, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen werde. Also es genügte diese objektive Thatsache, böser Wille war nicht vorausgesetzt. Der Vorteil vor dem Hauptantrag lag darin, dass wenigstens gekennzeichnet war, worin der Verstoss gegen die guten Sitten lag, nämlich in der Interesselosigkeit. Charakteristisch für beide Ansprüche war, und dadurch unterschieden sie sich von dem jetzigen § 226, dass nur geltend gemachte Ansprüche, also die Rechtsausübung nur in der Form ihrer gerichtlichen Durchführung betroffen wurde. Damit sollte diejenige Rechtsausübung getroffen werden, die am meisten aggressiven Charakter trug, obgleich man grade annehmen sollte, dass, wer klagt, regelmässig ein Interesse hat oder dadurch mindestens es zu haben behauptet. — Wegen der exceptio doli generalis vgl. die obigen Ausführungen. Grade in der Formulierung dieser Anträge wurde der exceptio d. g. eine Bedeutung beigelegt, die sie nie hatte. Hier soll in der Geltendmachung in der That eine Widerrechtlichkeit liegen; im römischen Recht wurde die Geltendmachung als widerrechtliche fingiert, die eigentlichen Gründe der Widerrechtlichkeit lagen ganz wo anders.

Der E. II unterschied sich, wie wir sahen, in der in Frage stehenden Hinsicht einzig dadurch, dass der schroffe Eigentumsbegriff gemildert und das Eigentumsrecht durch das Interesse des Berechtigten begrenzt wurde.

Der dem Reichstage vorgelegte E. III hatte zu seinem damaligen § 887 vom Bundesrat einen Absatz II erhalten: „eine Ausübung des Eigentums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig."

In der Reichstagskommission[1] wurde sodann beantragt, als § 220a aufzunehmen: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen." Der Antragsteller führte aus, es solle, was im § 887 für das Eigentumsrecht anerkannt sei, zum allgemeinen Prinzip erhoben werden, was, da es sich nur um eine Frage von allgemeiner Bedeutung handle, keinem Bedenken unterliegen könne, auch der gemeinrechtlichen Theorie entspreche. Hiergegen wurde Seitens der Vertreter der verbündeten Regierungen und verschiedener Kommissionsmitglieder geltend gemacht, dass, was der § 887 für das Eigentum bestimme, unzweifelhaft analog auf die übrigen dinglichen Rechte auszudehnen sei. Die Aufstellung des gleichen Grundsatzes für das Obligationenrecht aber sei eher geeignet, die Chikane zu vermehren, als sie zu verhindern. Kaum jemals werde von Jemandem, der die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung fordere, mit Recht gesagt werden können, dass seine Rechtsausübung keinen anderen Zweck haben könne, als einem Anderen Schaden zuzufügen. Gleichwohl werde der Schuldner, von dem zu unbequemer Zeit oder unter erschwerenden Umständen die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten verlangt werde, sehr häufig geneigt sein, lediglich Chikane vorauszusetzen, und dem böswilligen Schuldner sei ein stets bereites Mittel zur Verzögerung des Prozesses in die Hand gegeben.

Von anderer Seite wurden diese praktischen Bedenken nicht geteilt. Der Antrag wurde mit geringer Majorität angenommen. Das Plenum des Reichstags nahm den Antrag debattelos an.

Im Folgenden wenden wir uns zunächst einer Erörterung des Chikanebegriffs im Allgemeinen zu.

1. Vgl. K. B. 9. Legisl. Per. IV Sess. S. 960 u. 61, Aktenstück No. 446.

§ 9.
Der Begriff des böswilligen Rechtsmissbrauchs (Chikane).

Sowohl der Ausdruck „Chikane“[1] als der „böswilliger Rechtsmissbrauch“ sind nicht so klar, dass sie keiner Erläuterung bedürfen. Man hat unter ihnen zu verstehen: Die Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne zu dem Zwecke, einen Anderen zu schädigen.[2] Man sieht sofort, dass diese Definition von dem Begriffe des § 226 B. G. B. abweicht. Dies ist natürlich kein Widerspruch, denn ein Anderes ist: was ist böswilliger Rechtsmissbrauch? und: wann wird ihm entgegen getreten? Nur mit der ersten Frage haben wir uns hier zunächst zu beschäftigen.

Mir scheinen für den Begriff der chikanösen Rechtsausübung jene zwei Erfordernisse zu genügen: 1. Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne. 2. Mit dem Zwecke, einen Anderen zu schädigen. Ich lege also keinen Wert darauf, ob der Ausübende ein eigenes Interesse hat oder nicht. Denn einmal ist es unzutreffend, von der Abwesenheit eines Interesses schlechthin zu sprechen. Vielmehr sind die Interessen zu unterscheiden. Ohne jedes Interesse ist der Rechtsausübende keinesfalls; ohne ein solches würde er sein Recht gar nicht ausüben; sein Interesse ist mindestens das, einem Anderen zu schaden; dies ist offenbar ein „eigenes Interesse.“[3] Man meint aber, es fehle ihm das Interesse an der für ihn vorteilhaften Seite der Rechtsausübung, ich möchte es das ökonomische

1. „Chikane“ ist an sich ein weiterer Begriff; ich gebrauche diesen kurzen Ausdruck = „chikanöse Rechtsausübung“.

2. Rewoldt a. a. O. S. 677 nennt dies Chikane im weiteren Sinne gegenüber der Chikane im engeren Sinne, welche zudem ohne eigenes Interesse erfolgt. Diese Unterscheidung entbehrt jedoch innerer Begründung; s. den Text. Bauke a. a. O. S. 10 hält die Unterscheidung nicht „für sehr praktisch“.

3. Vgl. oben § 5 die Aeusserung von Hommel.

Interesse nennen.[1] Ferner ist es aber unerheblich für den Begriff der Chikane, ob dieses ökonomische Interesse vorliegt oder nicht. Denn auch wenn ich neben dem für meine Rechtsausübung ausschlaggebenden Zweck, einem Anderen zu schaden, mir gleichzeitig die Vorteile dieses Rechts verschaffen will, so übe ich es eben offenbar auch zur Chikane aus. Richtig ist blos, dass ich es nicht nur aus Bosheit ausübe. Nicht wesentlich ist der chikanösen Rechtsausübung die Erreichung des Zwecks, wie dies Rewoldt a. a. O. meint. Zu beachten ist nur, dass eine chikanöse Rechtsausübung, welche ihren Zweck nicht erreicht, von demjenigen, der durch sie verletzt werden sollte, nicht empfunden wird. Die Klage aus Chikane (ich meine nicht das chikanöse Prozessieren, wo kein Recht da ist, sondern gerichtliche Verfolgung eines Rechts aus Chikane) ist offenbar eine Form der chikanösen Rechtsausübung. Gehörte zu ihr, dass der Zweck erreicht ist, so müsste ja der Prozess erst zu Ende geführt, ja wohl gar die Zwangsvollstreckung abgewartet werden, damit die chikanöse Rechtsausübung festgestellt werden kann. Der Zweck ist das für die Chikane wesentliche. Die Chikane als Delikt gedacht ist vollendet, auch ohne dass ihr Zweck erreicht ist. Dieser Zweck ist: einem Anderen zu schaden. Es ist daher ungenau, wie ich selber oben that, von Rechtsausübung aus „Bosheit“ oder „Freude am Schaden“ zu sprechen. Das sind rein innere Eigenschaften, treibende Seelenkräfte, die dem Rechte fremd sind.

Die bezweckte Schädigung kann natürlich über einen blossen Vermögensschaden hinausgehen. Der Ausdruck

1. Der Ausdruck ist freilich nur für Vermögensrechte zutreffend. Unzutreffend ist es, wie Rewoldt a. a. O. S. 678 thut, von objektivem und subjektivem Interesse zu sprechen. Der Ausübende mag in weiterer Linie objektive Interessen verfolgen; in der Rechtsausübung liegt aber zunächst immer die Bethätigung eines subjektiven Interesses.

„schädigen“, dessen ich mich bisher bedient habe, ist sogar so eng, dass er kaum zutreffend ist. Es gehört hierunter Alles, was dem Anderen nicht angenehm, nachteilig ist. Ich bemerke jedoch ausdrücklich, dass dies nur für den allgemeinen Begriff der chikanösen Rechtsausübung, nicht aber für den in dieser Hinsicht enger gefassten § 226 B. G. B. zutreffen soll.

Der böswillige Rechtsmissbrauch stellt sich somit eben als „Rechtsmissbrauch“ dar, d. i. Missbrauch eines Rechts im subjektiven Sinne, abusus juris, nicht wie Bauke in seiner mehrfach hier genannten Abhandlung: Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, Berlin 1897 S. 6 meint, abusus legis.[1] Hierbei ist ausdrücklich zu betonen, dass hier nur von dem Missbrauch der Privatrechte gehandelt wird. Die Chikane auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegt vollständig ab; jedenfalls weiter als Bauke meint, der a. a. O. in dieser Hinsicht gar nicht unterscheidet. Eine Hauptschwierigkeit bereitet hier vor allem die äusserst bestrittene Frage, was man überhaupt unter öffentlichen subjektiven Rechten zu verstehen habe. Bauke sieht freilich ein solches ganz unbedenklich in dem sog. Rechte der Zeugenladung (a. a. O. S. 9), während, mag die Frage nach den subjektiven öffentlichen Rechten noch so bestritten sein, über alle Zweifel erhaben ist, dass das sog. Recht der Zeugenladung nicht nur kein subjektives öffentliches Recht, sondern überhaupt

1. Als solcher stellt er sich, jedoch erst in zweiter Linie, auch dar. Aber nicht dieser Umstand ist es, welcher die Chikane mit anderen Rechtserscheinungen auf eine Stufe stellt. (Vgl. die von Bauke a. a. O. S. 7 aufgestellte Tabelle: abusus legis mit dem Motiv der Schadenfreude = Chikane, mit dem Motiv des eigenen Vorteils = abusus legis i. l. S.). Dass es sich vielmehr um einen abusus juris handelt, ist es, was die chikanöse Rechtsausübung charakterisiert. Jene Tabelle entbehrt allerdings, wie Bauke a. a. O. selbst treffend bemerkt, „der inneren Harmonie“. Er hätte hinzufügen können, dass sie wertlos ist.

kein Recht ist.[1] Die Untersuchung von Bauke leidet überhaupt durchgehends an mangelhafter Abgrenzung des Stoffes. Es würde mich zu weit führen, wenn ich mich auf alle Einzelheiten einlassen wollte. Da jedoch die Untersuchung von Bauke zu den wenigen Einzeldarstellungen über die Chikane gehört, so benutze ich diese Gelegenheit, einiges aus ihr einer Kritik zu unterwerfen.

Bauke wirft beständig Chikane und chikanöse Rechtsausübung durcheinander. Ich verkenne dabei nicht, dass er sich eine andere Aufgabe, als die unsrige ist, gestellt hat. Er will lediglich untersuchen, wie der Chikane schlechthin im Rechtsleben begegnet wird. Aber dass er zwischen Chikane schlechthin und chikanöser Rechtsausübung nicht unterscheidet, führt bei ihm zu recht unerfreulichen Ergebnissen. Er bringt Chikane im Civil-, Straf-, Prozessrecht auf eine Stufe, wobei er eben nie zwischen chikanösem Handeln und chikanöser Rechtsausübung unterscheidet. So mag man es als Chikane in jenem weiteren Sinne bezeichnen, wenn Frau X. mit einer schöneren Toilette Frau Y. ärgert oder wenn Herr X. am offenen Fenster angesichts seiner mühselig arbeitenden Gegner eine Schlemmermahlzeit geniesst.[2] Aber hier liegt doch keine Rechtsausübung, also auch kein Rechtsmissbrauch vor. Das ist der Grund, weshalb diese Fälle von einem Verbote der chikanösen Rechtsausübung nicht betroffen werden. Was hierfür Bauke anführt, ist auch in anderer Hinsicht unzutreffend. Er untersucht, weshalb diese Fälle nicht vom

1. Von einem Rechte der Zeugenladung im C. Pr. kann keine Rede sein. Es besteht eine Beweispflicht. Wer seine Zeugen benennt, macht dabei nicht von einer ihm zustehenden Befugnis Gebrauch; vor allem nicht gegenüber dem chikanierten Zeugen (welcher nämlich nichts weiss und nur vorgeschlagen wird, damit er sich tüchtig ärgert).

2. Bauke a. a. O. S. 113.

Chikaneverbot getroffen werden. Zunächst ist schon zu dieser Frage zu bemerken, dass nicht überall da Chikane vorliegt, wo ich einen Anderen durch eine an sich nicht verbotene Handlung ärgere. Dergleichen wird zwar im Sprachgebrauche häufig als Chikane bezeichnet. Im eigentlichen Sinne liegt aber eine solche nur da vor, wo man ein besonderes Recht ausbeutet. Die Untersuchung Baukes läuft daher darauf hinaus, festzustellen, wann das Recht sich in der Lage sehe, unsittliche, Aerger bereitende Handlungen, die an sich unter kein Verbotsgesetz fallen, zu ahnden. Bauke mag dann wohl damit Recht haben, dass es nicht die Aufgabe des Richters ist, gegen dergleichen Taktlosigkeiten einzuschreiten. Aber diese Untersuchung hat nichts mit der eigentlichen Chikane zu thun und vor allem sind jene Beispiele nicht als Ausnahme eines — überhaupt allgemein gar nicht existierenden — Chikaneverbots anzusehen.

Aus der genannten mangelhaften Unterscheidung ergeben sich noch andere Schwierigkeiten. So wirft Bauke (S. 11) die Frage auf, ob von Chikane auch dann gesprochen werden könne, wenn die Triebfeder zwar lediglich Bosheit war, die Rechtsausübung aber anderen Personen zu Gute kam. Natürlich liegt auch hier chikanöse Rechtsausübung vor; die Frage ist nur die, ob das Recht in solchen Fällen gegen sie reagieren soll. Die Beispiele, die Bauke gibt, sind zudem recht unglücklich gewählt. Er nimmt nämlich als Beispiele zwei Fälle von Veräusserungen, die zu dem Zwecke, jemanden zu ärgern, vorgenommen sind, jedoch an sich einem guten Zwecke dienen. Dabei steigen Bauke gar keine Zweifel auf, ob es sich in diesen Fällen um Rechtsausübung handle; freilich macht Bauke, wie wir sahen, diese Unterscheidung überhaupt nicht.

An anderer Stelle (S. 114 ff.) überträgt Bauke rein strafrechtliche Fragen, nämlich ob in gewissen Fällen Beleidigung vorliege oder nicht, auf das Gebiet der chikanösen Rechtsausübung.

Um auf Baukes Beispiele einzugehen, so kann ich nicht einsehen, wieso darin, dass jemand einen Posten, einen Schutzmann hänselt, ein Rechtsmissbrauch liegen soll, ganz abgesehen davon, dass auch die strafrechtliche Frage von Bauke unzutreffend beantwortet wird. Denn dass in allen von Bauke S. 115 und 116 mitgeteilten Fällen strafbare Beleidigungen vorliegen, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein.

Auch die weitere von Bauke aufgeworfene Frage, ob bei Ausübung von Pflichten Chikane denkbar ist, beantwortet sich dahin, dass dies naturgemäss nur dann der Fall sein kann, wenn der die Pflicht Erfüllende gleichzeitig von einem Rechte Gebrauch macht. So wenn der alternativ Obligierte sich für eine Art der Erfüllung entscheidet, weil dies einen Anderen ärgert; hier übt er nicht seine Verpflichtung, sondern das ihm in Ansehung seiner Verpflichtung zustehende Wahlrecht zur Chikane aus. Aber hier greift der Satz Platz, dass, falls der Geschädigte selbst dem Schuldner völlige Willkür gestattet hat, er sich damit auch mit einer chikanösen Rechtsausübung einverstanden erklärt hat und „volenti non fit injuria.“[1]

Die von Bauke S. 52 genannten Fälle, in denen es sich nicht um Missbrauch von Rechten, sondern von Amtsbefugnissen handelt, werden auch durchaus zum Nachteile der Untersuchung als mit anderen verschieden liegenden Fällen auf gleicher Linie stehend behandelt.

Eine merkwürdige und durch nichts gerechtfertigte Spitzfindigkeit liegt darin, dass Bauke den Ausdruck „gesetzlich verbotene Chikane“ durch uneigentliche Chikane ersetzt wissen will. Gesetzlich verbotene Chikane heisst: „vom Gesetze verbotene böswillige Rechtsausübung“. Hierin kann ich einen logischen Widerspruch nicht entdecken; warum diese Chikane uneigentlich sein soll, leuchtet mir

1. S. hierüber u. § 13.

nicht ein. Bauke müsste mit demselben Rechte einen verbotenen Mord einen uneigentlichen Mord nennen. Zudem möchte ich bemerken, dass der § 366 No. 3 St. G. B., den Bauke als Beispiel einer solchen uneigentlichen Chikane anführt,[1] von Chikane nichts enthält. „Mutwillig“ bedeutet hier lediglich den Vorsatz.[2] Von einer Rechtsausübung ist keine Rede.

Gleichfalls auf der ungenügenden Begriffsbegrenzung scheint es mir zu beruhen, dass Bauke im Laufe seiner Darstellung (S. 18 ff.) die Frage des Nachbarrechts mit derjenigen der Chikane vermengt.

Zu ganz unhaltbaren Ergebnissen kommt Bauke auf dem Gebiete des Strafrechts. Für ihn ist die wissentlich falsche Anzeige die chikanöse Rechtsausübung des Denuntiationsrechts. Ich habe von einem solchen Rechte noch nichts gehört. Das ist wieder der Mord gedacht als Missbrauch des allgemeinen Stich-, Schlag-, Hieb- und Schiessrechts! Dabei sind es die Römer, welche mit ihrer „calumnia“ Bauke zu jener Auffassung verleiten. Das ist die Folge, wenn man dies Wort, das wohl unter anderem „wissentlich falsche Anzeige“ heisst, mit Chikane übersetzt, was es nie heisst. — Diese sonderbare Auffassung strafrechtlicher Begriffe durchzieht die ganze Ausführung bei Bauke S. 38 ff. Was Binding in der o. § 3 angeführten Stelle bespottet, ist bei Bauke Ueberzeugung. Dass nämlich jemand, der einen anderen in seinem Walde erschossen hat, hierdurch keinen Rechtsmissbrauch begehe, schliesst Bauke lediglich daraus, dass die Ausübung eines Rechts ohne Zweifel da ihr Ende nehme, wo sie die Vernichtung

1. „Wer auf öffentlichen Wegen, Strassen, Plätzen oder Wasserstrassen das Vorbeifahren anderer mutwillig hindert.“

2. Vgl. Olshausen, Komm. ad h. §. — Bauke meint sogar S. 105: „es könne gar keinem Zweifel unterliegen, dass lediglich die Chikane getroffen werden soll.“ Alles was dort (S. 105 ff.) als zur Chikane gehörig aufgezählt wird, hat nichts mit ihr zu thun.

des Lebens eines Mitmenschen herbeiführen würde. Dass ein Mord mit der Ausübung des Eigentumsrechts am Walde, in welchem der Mord begangen wurde, überhaupt gar nichts zu thun hat, war Bauke entgangen. Für Bauke wird schliesslich jedes Delikt bestrafte Chikane und jede menschliche Gemeinheit, Bosheit und Niedertracht, die von keinem Strafgesetze betroffen wird, ist für ihn blosse Chikane.

Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, dass der Gegenstand dieser Untersuchung enger begrenzt ist als bei Bauke. Hier soll untersucht werden, wie, in welchem Umfange und mit welchen Wirkungen das B. G. B. der chikanösen Rechtsausübung entgegentritt. Wir haben auch bereits den Begriff dieser letzteren sowie die Formen kennen gelernt, in welchen ein Gesetz überhaupt und insbesondere das B. G. B. gegen die chikanöse Rechtsausübung reagiert. Man kann zwei Arten unterscheiden: das System der Vorbeugung und das System des Chikaneverbots.

Im ersteren Falle sucht der Gesetzgeber die Rechte im subjektiven Sinne so zu gestalten, dass ihr Missbrauch schon durch die Abgrenzung der Freiheit des Berechtigten ausgeschlossen oder wenigstens die Gefahr des Missbrauchs eingeschränkt ist. Auf diesen Standpunkt suchten sich, wie wir sahen, der E. 1 und E. 2 zu stellen. Es lässt sich hierbei wieder eine zwiefache Behandlungsweise feststellen. Entweder nämlich wird die subjektive Herrschaft schlechthin ein für alle Mal in gewisse, eng gezogene Grenzen gebracht. Hierher gehört z. B. jene Bestimmung, die wir oben als für die Ausübung der Grundgerechtigkeiten massgebend kennen gelernt haben: diese dürfen ein für alle Mal nur unter Schonung gewisser Interessen ausgeübt werden. Es

handelt sich also nicht darum, dass der Befugnis des Berechtigten unter Umständen (z. B. bei chikanöser Ausübung) etwas genommen wird; vielmehr ist die Befugnis nie soweit gegangen. Man kann in derartigen Fällen von einer prinzipiellen Begrenzung der Rechte sprechen. Die andere Art ist die, dass das Recht an sich einen weiten Rahmen erhält, jedoch unter Umständen eingeschränkt wird. Hierzu gehört der Begriff des Eigentumsrechts, § 903 B. G. B. Er ist im § 905 ausdrücklich prinzipiell: „auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche" ausgedehnt. Ausnahmsweise (nämlich, wenn fremde Einwirkungen in solcher Höhe und Tiefe vorgenommen werden, dass der Eigentümer an der Ausschliessung des Dritten kein Interesse hat) hört sein Recht auf.[1] Man kann dies eine eventuelle Begrenzung des Rechts nennen. Aber auch hier entscheidet ein Objektives: nämlich das Erlöschen des Interesses, ob der Eigentümer chikanieren will oder nicht, kommt gar nicht in Frage. Beiden hier genannten Fällen der Vorbeugung ist folgende Unterscheidung gemeinsam. Entweder sind die Bestimmungen, welche die Rechte eingrenzen, allgemeiner Natur (und zwar teils für grössere, teils für kleinere Kategorien von Rechten geltend),[2] oder sie gelten nur für einzelne Rechte. Zu den ersteren gehört die Bestimmung des § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Zu den letzteren gehören die Beispiele, die wir oben kennen gelernt haben.

Das System des Chikaneverbots lässt sich in zwei Formen verwirklichen; entweder in der eines Einzelverbots, indem die Ausübung einzelner Rechte aus Chikane unter-

1. § 903 gibt auch ein Beispiel für prinzipielle Beschränkung. Das Eigentumsrecht geht prinzipiell nur soweit, als ihm nicht Gesetze und Rechte Dritter entgegenstehen.

2. Ein für alle Rechte geltender Grundsatz dieser Art ist im B. G. B. nicht ausgesprochen.

sagt wird (wie dies der E. III in seinem § 887 Satz II für das Eigentumsrecht aussprach), oder in der Form eines allgemeinen Chikaneverbots, wie es jetzt der § 226 B. G. B. ausspricht.

Im folgenden § werden wir auf die der Chikane vorbeugenden Bestimmungen des B. G. B. etwas näher eingehen.

---

§ 10.

Die Vorbeugung der Chikane im B. G. B.[1,2]

A. Durch prinzipielle Begrenzug der Rechte.

Eine der wichtigsten hierhergehörigen Vorschriften allgemeiner Natur ist das Prinzip von Treu und Glauben, wie es in den §§ 157, 162, 242, 815 B. G. B. ausgesprochen ist. Hiermit ist selbstverständlich ein objektiver Massstab für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse gegeben.[3]

Vor allem finden die durch Verträge begründeten Rechte ihre Grenze durch jenen Massstab. Es ist einleuchtend, wie sehr dadurch eine chikanöse Ausübung von Vertragsrechten getroffen wird. Eine solche ist dann schon unzulässig, wenn sie sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht mehr als Rechtsausübung darstellt. Hiernach ist es entschieden unzutreffend zu sagen, die chikanöse Rechtsausübung werde von dieser Vorschrift berührt. Ihr wird

1. Vgl. v. Jacubezky, Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots bei Gruchot Bd. 40 S. 591 ff.: „Der Entwurf bestrebt sich ... die Rechte so zu gestalten, dass dem Missbrauche zur böswilligen Schädigung eines Anderen vorgebeugt wird."

2. Im Folgenden sollen die eingreifenden Bestimmungen des B. G. B. nur nach dieser der Chikane vorbeugenden Seite hin erörtert werden.

3. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 423, Anm. 9. Abs. 2.

eben nur vorgebeugt dadurch, dass die Vertragsrechte von Anfang an durch die Grundsätze von Treu und Glauben begrenzt sind. Je geringer ein Recht ist, um so weniger kann es missbraucht werden. Freilich darf die Bedeutung der Vorschrift in dieser Hinsicht nicht überschätzt werden. Denn es ist zu beachten, dass es bei obligatorischen Verhältnissen schon in der Natur der Sache liegt, dass für eine chikanöse Rechtsausübung kein weiter Spielraum vorhanden ist, weil in der Regel die Forderung des Berechtigten und die Handlung des Verpflichteten genau bestimmt ist, während die Handlungen, zu denen der dinglich Berechtigte befugt ist, meist eine unbestimmte und unbestimmbare Summe von Handlungen bilden. Wo also das Handeln, zu welchem der obligatorisch Berechtigte befugt ist, genau fixiert, ein für alle Mal festgelegt ist, da wird es ihm auf Grund der Sätze von Treu und Glauben nicht streitig gemacht werden können. Bestimmt beispielsweise § 266: „Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt,“ so heisst dies: „Der Gläubiger darf Teilleistungen zurückweisen.“ Es liegt auf der Hand, dass dieses Recht zur Chikane gemissbraucht werden kann. Es ist aber wohl zweifellos, dass der Richter sich nie wird auf den Standpunkt stellen können, dass unter Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vom Schuldner die Beobachtung des § 266 nicht verlangt werden könne.

Besondere Beachtung verdient § 162: „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.“ Die Hauptfrage ist hier: wonach bestimmen sich Treu und Glauben? Offenbar nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis.

Es entscheidet, ob hiernach die eine Partei von der anderen erwarten darf, dass sie sich einer ihr vorteilhaften Einwirkung enthalte. Eine wider Treu und Glauben vorgenommene Einwirkung würde (und dies ist hier beachtenswert) von einem Verbote der chikanösen Rechtsausübung nicht berührt werden, wenn es sich um gar keine Rechtsausübung handelt. Ist z. B. eine Sache unter der Bedingung verkauft, dass ein Ereignis eintrete, und liegt es hierbei in der Absicht der Parteien, dass sie sich jeder Einwirkung auf den Eintritt oder Nichteintritt dieses Ereignisses enthalten sollen, so hat eine eine solche Einwirkung enthaltende Handlung mit dem Verkaufe und mit den durch den Kaufvertrag beiden Parteien erwachsenen Rechten nichts zu thun. Der Handelnde übt dabei (von der Bestimmung des § 162 abgesehen) kein Recht aus; auch dann nicht, wenn es sich um eine reine Potestativbedingung handelt. Dies wird klar, sowie man sich den Fall vergegenwärtigt, der Kauf sei durch das Placet eines Dritten bedingt. Niemand wird sagen, er habe ein besonderes Recht, sein Gefallen oder Missfallen auszudrücken. Wenn ich nun einen Kauf auf Probe abschliesse, so steht die Bedingung in meinem Belieben, ich kann sie herbeiführen oder nicht. Aber unzutreffend wird man sagen, ich habe ein besonderes Recht. Das Recht, welches ich erworben habe, ist das Forderungsrecht, welches durch eine Thatsache bedingt ist, nämlich die Erklärung meines Gefallens. Dass diese ganz in meinem Belieben steht, ist aber nicht eine Folge des etwa hierauf gerichteten Parteiwillens, sondern liegt in dem Begriffe, in der Thatsache des Gefallens. Durch dieses Belieben wird allerdings mein obligatorisches Verhältnis beeinflusst, aber ein besonderes Recht, mein Gefallen zu erklären oder nicht, steht mir nicht zu. Die Folgen dieser Ausführung sind nicht unerheblich. Es unterliegt nämlich zunächst keinem Zweifel (die Lehrbücher stimmen überein, desgl. die Motive, auch

10

das gemeine Recht, welches jene Vorschrift auch kennt, sowie die Praxis vertritt diesen Stundpunkt), dass § 162 dann nicht Platz greife, wenn die Erfüllung der Bedingung in das Belieben des Verpflichteten gestellt ist. In diesem Falle kann man nämlich nicht sagen, dass eine Partei wider Treu und Glauben gehandelt habe. Die Motive und die Lehrbücher sagen, die Partei habe ein Recht, sie mache von einem Rechte Gebrauch. Dies ist aber, wie wir sahen, ungenau: Die Erklärung des Gefallens oder Nicht-Gefallens steht ausserhalb des Rechtsverhältnisses. Es ist nun denkbar, dass der Käufer auf Probe, nur um Jemanden zu ärgern oder gar zu schädigen, sein Missfallen erklärt. Dann ist es entschieden unstatthaft, den § 226 zur Anwendung zu bringen. Denn es handelt sich nicht um Rechtsausübung.[1]

Eine weitere Folge ist dann freilich auch, dass wir oben unzutreffend den § 162 als eine der chikanösen Rechtsausübung vorbeugende Bestimmung bezeichnet haben; denn wenn ein Recht überhaupt nicht besteht, kann es nicht missbraucht werden.

Entsprechend dem § 162 ist der § 2076 B. G. B. zu behandeln.

B. Durch eventuelle Begrenzung der Rechte.

Hier sind die Rechte prinzipiell weiter gefasst, jedoch unter gewissen Voraussetzungen begrenzt. Hierunter fällt vor allem die grosse Zahl solcher Rechte, deren Ausübung bei geringem Interesse des Berechtigten oder erheblichem Nachteile des Verpflichteten unzulässig ist. Es ist hier zu nennen der § 320, Abs. 2, wonach bei gegenseitigen Ver-

1. Endemann a. a. O. S. 339 Anm. 5 scheint anderer Ansicht zu sein: „Jetzt ist aber auch zu erwägen, ob nicht das Chikaneverbot hier Bedeutung beanspruchen wird.“

trägen die Gegenleistung nicht verweigert werden kann, wenn die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde. Das Recht der Verweigerung der Gegenleistung, wie es § 320. Abs. 1, S. 1 aufstellt, ist für manche Verhältnisse zu hart und wird daher in der genannten Weise eingeschränkt. Es wird die Verweigerung einer Verpflichtung da untersagt, wo die Gegenverpflichtung in keinem entsprechenden Verhältnisse mehr steht. Die eine Partei wird gegen den Schaden in Schutz genommen, welcher ihr durch den rücksichtslosen Egoismus der anderen Partei erwachsen kann. Es ist aber ganz und gar nicht der Standpunkt der Chikane. Dennn nicht der Schaden des Anderen ist gewollt, sondern der Berechtigte ist für seinen Vorteil zu interessiert, weil sein objektives Interesse in keinem Verhältnisse mehr zu seiner Verpflichtung steht. Immerhin kann nicht zweifelhaft sein, dass damit einer chikanösen Ausübung des Verweigerungsrechtes erheblich vorgebeugt ist; denn gerade da, wo nur ein geringer Teil der Gegenleistung rückständig ist, wird man bei Verweigerung der Gegenleistung leicht chikanöses Handeln annehmen können. Solches wird durch den § 320, Abs. 2 schon aus objektiven Gesichtspunkten für unzulässig erklärt.

Es ist hier ferner die Bestimmung des § 459, Abs. 1 zu nennen, wonach unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit der Kaufsache nicht in Betracht kommt, (nämlich hinsichtlich der Gewährleistung ihrer Mängel). — Das gleiche Prinzip liegt dem § 468 zu Grunde; nur ist hier die Fassung eine andere. Das Wandelungsrecht wegen unrichtiger Angabe der Grundstücksgrösse wird nicht bei unbedeutender Abweichung ausgeschlossen, sondern wird nur bei erheblichem Mangel für zulässig erklärt. Dennoch handelt es sich nicht um eine prinzipielle Begrenzung, sondern um eine eventuelle Einschränkung des Wandelungs-

rechts des Käufers. Nur ist die Beweislast anders verteilt. Während der aus § 459, Abs. 1 klagende vom Gegner den Beweis der Unerheblichkeit der Mängel erwarten kann, muss er, wenn er aus § 468 klagt, seinerseits die Erheblichkeit des Mangels darthun. — Diese Bestimmungen sind an sich natürlich nicht auf die Chikane gemünzt. Wie die Motive erkennen lassen, handelt es sich um praktische Zweckmässigkeitsgründe. Aber die Möglichkeit des Gegenbeweises eines geringen Interesses in einem Falle und die Pflicht des Beweises eines erheblichen Interesses im andern Falle bieten doch eine starke Sicherung gegen chikanöse Ausübung des Wandelungsrechts.

Hierher gehört ferner die Bestimmung des § 498 Abs. 2. S. 2, dass bei unwesentlicher Veränderung des Kaufgegenstandes der Wiederverkäufer keine Preisminderung verlangen kann. Ferner § 542 Abs. 2, dass unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs der Mietssache kein Kündigungsrecht gibt. § 634, Abs. 3: beim Werkvertrage ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert. Es gehören ferner hierher die Bestimmungen der §§ 299, 616, 259 Abs. 3, 260 Abs. 3, 2028 Abs. 3, 251 Abs. 2, 633 Abs. 2, u. a. m.[1]

In allen Fällen handelt es sich um dasselbe Prinzip: kleines Recht, unbedeutende Interessen sollen nicht dazu benutzt werden, erheblichere Rechte Anderer zu schmälern. Dabei sind regelmässig objektive Gesichtspunkte für den Umfang des Rechts massgebend, daher diese Vorschriften durchweg weiter gehen als das Chikaneverbot.

All dies gilt auch für zahlreiche Bestimmungen des Familienrechts, in welchen die Rechtsausübung für den Fall des Missbrauchs für unzulässig erklärt wird. Auch hier hat der Gesetzgeber nicht die Chikane im Auge

1. Vgl. Planck, Komm. z. B. G. B. zu § 226.

sondern auch hier soll die zu starke Betonung des eigenen Interesses getroffen werden. Aber eine chikanöse Ausübung jener Rechte, z. B. des Rechts der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) ist immer ein Missbrauch derselben. Der Begriff des Missbrauchs wird seine Umgrenzung durch die Iudikatur erhalten. Er lässt sich in Kürze als „nicht den Zwecken des Rechts entsprechender Gebrauch" bezeichnen, wobei hier, im Rahmen des Familienrechts, lediglich sittliche Grundsätze ausschlaggebend sein werden. Der Massstab ist also auch hier ein objektiver; der subjektive Zweck kommt wohl für diesen Massstab in Betracht, ist aber nicht, wie bei der Chikane, selbst ausschlaggebend.

§ 11.
Das Verbot des böswilligen Rechtsmissbrauchs des § 226 B. G. B.

§ 226 B. G. B. bestimmt: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.

Wir sahen aber, dass es als chikanöse oder böswillige Rechtsausübung zu bezeichnen ist, wenn ein Recht zu dem Zwecke der Schädigung (im weitesten Sinne) eines Anderen ausgeübt wird. § 226 erklärt nun, wie der erste Blick zeigt, nicht jeden böswilligen Rechtsmissbrauch für unzulässig, sondern nur denjenigen, welcher seinem Charakter, seinem ganzen Wesen nach nur als Chikane aufgefasst werden kann, d. h. wenn im gegebenen Falle die Denkbarkeit einer Ausübung zu einem anderen Zwecke ausgeschlossen ist. Nicht unzulässig ist also einmal diejenige chikanöse Rechtsausübung, welche gleichzeitig eigene Interessen verfolgt und ferner diejenige, welche einen derartigen äusseren Charakter trägt, dass allein aus äusseren, objectiven Merkmalen heraus nicht bewiesen werden kann, dass die Absicht zu schaden die ausschliessliche gewesen ist. Hier-

nach kommt dem Worte „nur“ im § 226 offenbar eine doppelte Bedeutung zu. Einmal ist jeder andere Zweck ausgeschlossen; also „nur den Zweck“ = „nicht gleichzeitig einen anderen.“ Jeden anderen Zweck schliesst § 226 aus. Also auch dann, wenn an sich der Schaden des Anderen gewollt ist, aber nicht als Haupt- und ausschliesslicher Zweck. Wenn ich also Jemanden schädige, um durch diesen Schaden einen anderen Zweck, (der natürlich seinerseits nicht wieder der Schaden eines anderen sein darf), zu erreichen, so liegt keine Chikane im Sinne des § 226 B. G. B. vor. Hierher gehören einige der von Bauke a. a. O. angeführten Beispiele; s. o. S. 138. Hierher gehört es ferner, wenn ich durch die Schadenszufügung Schaden von mir selbst abwenden will, ohne dabei in Notstand oder Notwehr zu handeln. Solcher Handlung lässt sich nicht auf dem Wege des § 226 begegnen.[1] — Ferner hat „nur“ die Bedeutung, dass jede andere Auffassung der fraglichen Handlung ausgeschlossen sein muss; also „nur . . . kann“ = „nicht einen anderen Zweck haben kann“. Freilich brauchen nicht diese beiden Thatsachen festgestellt zu werden. Denn eine Ausübung, die an sich keinen anderen Zweck haben kann, kann auch keinen Nebenzweck haben. Die Meinung ist aber nicht die, es müsse aus der Thatsache, dass andere Möglichkeiten ausgeschlossen sind, auf die Thatsache, dass die Ausübung in concreto keinen anderen Zweck habe, geschlossen werden. Vielmehr braucht der Richter nur festzustellen, dass die Rechtsausübung im vorliegenden Falle nur die Auffassung zulasse, dass sie nur zum Zwecke der Schädigung eines Anderen erfolge. Dass er aus der objectiven Thatsache auf den subjektiven Gesichtspunkt des bösen Willens schliesse, ist aber nicht erforderlich. Es handelt sich allerdings zweifellos darum, die böse Absicht zu treffen, sie braucht jedoch nicht in concreto bewiesen

1. Vgl. Neumann, Kommt. zu § 226 N. 1 b.

zu werden, es genügt vielmehr, dass dargethan wird, dass die concrete Handlung in abstracto nur bösen Willen zur Voraussetzung haben könne. Die Unzulässigkeit der Handlung wird also durch objektive Merkmale herbeigeführt. Insofern besteht aber offenbar eine Präsumption, sodass der § 226 aufgelöst hiesse: Eine Rechtsausübung, welche nur den Zweck hat, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig. Dieser Zweck gilt jedoch nur dann als bewiesen, wenn die Handlung so geartet ist, dass sie nur diesen Zweck haben kann. Gegenstand des Beweises ist somit nicht der Zweck der Handlung, sondern die Möglichkeit des Zweckes oder seine Unmöglichkeit. Ueber das erste ist daher eine Eideszuschiebung unstatthaft, weil es auf die Thatsache nicht ankommt, über das zweite ist die Eideszuschiebung nach dem Grundsatze der C. Pr. O. unzulässig, welche einen Eid über Möglichkeiten und Unmöglichkeiten nicht kennt.

Im Einzelnen ist zum Inhalte des § 226 Folgendes zu bemerken:

§ 226 erklärt unter gewissen Umständen die Ausübung eines Rechts für unzulässig. Es handelt sich um die Rechte im subjektiven Sinne. Ihre Ausübung soll nur solange Recht sein, als sie nicht nur den Zweck haben kann, einem Anderen zu schaden. Eine solche Rechtausübung wird nicht zugelassen, wer sie vornimmt, steht mit seinem Handeln im Widerspruche mit dem positiven Rechte, handelt widerrechtlich. Ist aber unter dem „unzulässig" des § 226 „widerrechtlich" zu verstehen? Der Ausdruck „unzulässig" ist kein hergebrachter juristischer technischer Ausdruck. Er ist bekanntlich ein ἅπαξ λόγος im B. G. B. Der Ausdruck widerrechtlich, der sich sonst im B. G. B. findet (§§ 227, 823, 858), ist dort nicht erläutert. Mir scheint, dass das „unzulässig" eine Art des „widerrechtlich" darstellt: denn der Sprachgebrauch des B. G. B. ist auf diesem Gebiete offenbar kein einheitlicher

und hat die Schwierigkeit der Bestimmung des Begriffs der Widerrechtlichkeit zur Folge.[1] Zutreffend scheint mir der Begriff „widerrechtlich“ nur im § 823 angewendet: „wer .... widerrechtlich verletzt.“ Hier handelt es sich um einen verallgemeinernden Begriff, welcher zunächst offen lässt, was zu ihm gehört: nämlich alles, was wider das Recht ist. Diesem Begriff ist offenbar das „widerrechtlich“ des § 227 und des § 858 nicht coordiniert. § 227 hat in negativer Form „nicht widerrechtlich“ eine Folgeerscheinung an die Stelle dessen gesetzt, worauf es ankam; damit war umgangen, einen passenden Ausdruck zu suchen und zu finden. Hieraus entstand die Schwierigkeit für die wissenschaftliche Definition. Sagt nämlich § 227: „Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich,“ so heisst dies, dass § 823 ausgeschlossen ist. Und doch liegt auf der Hand, dass eine Notwehrhandlung nicht durch die Ausschliessung des § 823 gekennzeichnet sein soll. Es hätte also ein anderer Ausdruck gewählt werden müssen. Dies tritt beim § 858 noch deutlicher hervor, wo nämlich der Gesetzgeber selbst die Ungenauigkeit des „widerrechtlich“ empfindet und in Klammern beifügt: „Verbotene Eigenmacht“. Er hätte auch sagen können: „unzulässige Eigenmacht.“ Die Konsequenz der Unzulässigkeit, des Verbotenseins ist die Widerrechtlichkeit. Dies gilt somit auch für den § 226 und ich kann es nur richtig finden, wenn der Gesetzgeber hier den Ausdruck „widerrechtlich“ vermieden hat. Dass dies geschehen ist, sowie der gleichzeitige Nachtheil, dass das „unzulässig,“ das „verboten“ des § 858 und das „widerrechtlich“ dieses § sowie des § 227 an Stelle eines einheitlichen Ausdrucks getreten sind, hängt zum Teil mit der Geschichte des § 226 zusammen.

---

1. Ueber den Begriff der Widerrechtlichkeit vgl. Endemann a. a. O. S. 361, welcher „unzulässig“ als mit widerrechtlich gleichbedeutend auffasst, S. 300. Ich muss mich freilich hier kurz fassen.

— Ich kann somit Endemann nicht beistimmen, der a. a. O. (vergl. o. Anm. 1 S. 152) meint: „der Ausdruck unzulässig könne nicht gut etwas anderes als widerrechtlich bedeuten." Zutreffend ist nur, dass die Folge der Unzulässigkeit die Widerrechtlichkeit im Sinne des § 823 ist. Die Bezeichnung der chikanösen Rechtsausübung als einer widerrechtlichen wäre zum Teil sogar sinnlos. Wie wir sehen werden, gehört zur Rechtsausübung die Klage. Was hätte es für einen Sinn, eine Klage als widerrechtlich zu bezeichnen; sie ist lediglich unzulässig; der Beklagte hat ein Recht, die Klage abzuwehren.

Es handelt sich aber bei der „Unzulässigkeit" darum, dass das Recht im objektiven Sinne die Formen der Bethätigung der nach ihm gebildeten Rechte im subjectiven Sinne beschränkt, also die Rechte in subjectiven Sinne selbst eingrenzt. Alle unter § 226 fallenden Handlungen lässt das Recht nicht zu, erkennt es nicht mehr als sich im Rahmen der Befugnisse bewegend an. Bevor wir jedoch an die Frage herantreten, welche Folgen sich an diese unzulässigen Handlungen knüpfen, wollen wir untersuchen, was für Handlungen im Einzelnen unter den § 226 fallen.

§ 12.

Die Ausübung der Rechte.

Das B. G. B. spricht im § 226 von der Ausübung eines Rechts. Eine Definition gibt es, wie in so zahlreichen anderen Fällen, nicht, sondern überlässt diese der Wissenschaft und Praxis. Mit Recht. Denn einmal ist ein Gesetzbuch nicht der Ort für Begriffsbestimmungen und Begriffsentwicklungen, wenigstens nicht, soweit es sich um die allgemeinen Rechtsbegriffe handelt; ferner aber wird die folgende Ausführung wohl darthun, wie schwierig die Aufgabe für den Gesetzgeber geworden wäre. Nur die Wissen-

schaft hat sich bisher mit dem Begriffe der Rechtsausübung beschäftigt; der Praxis lag dieser Begriff bisher ferne. Da jetzt der § 226 B. G. B. an die Ausübung der Rechte einen Rechtssatz von hoher Bedeutung[1] knüpft, so ist eine Abgrenzung dieses Begriffes durch die Wissenschaft nunmehr auch für die Praxis von grossem Werte. Es ist offenbar wesentlich, ob die Abtretung einer Forderung deswegen für unzulässig erklärt werden kann, weil sie chikanös ist, oder ob sie es deswegen nicht kann, weil die Abtretung einer Forderung sich gar nicht als Ausübung eines Rechtes darstellt. Es ist weiter wesentlich, ob mir das Spielen auf meinem Klavier, das ich aus reiner Bosheit treibe, nur um meinen Zimmernachbar zu ärgern, untersagt werden kann, oder ob sich der Richter auf den Standpunkt stellt, dass das Klavierspielen nicht als Rechtsausübung aufzufassen sei u. s. f.[2]

Wenn ich diese Tragweite so betone, so muss es befremden, dass die bisher erschienenen Lehrbücher von einer Untersuchung der vorliegenden Frage oder auch nur einer Streifung derselben vollständig absehen. Aber dies erklärt sich einmal daraus, dass diese Lehrbücher schon durch die Darstellung des reinen Inhalts des B. G. B. recht erheblichen Umfang gewinnen, sowie ferner wohl daraus, dass die Lehre von der Ausübung der Rechte die Lehre von den Rechten im subjektiven Sinne im Kerne trifft und für diese Lehre aus dem zuerst genannten Grunde

1. Wenigstens begrifflich. Ob sich die Bestimmung nicht in der Praxis als „totgeborenes Gesetz" (Endemann a. a. O. S. 359) ausweist, bleibt abzuwarten.

2. Von Rechtsausübung spricht das B. G. B. auch bei anderer Gelegenheit. § 38: Ausübung der Mitgliedschaftsrechte; § 1018: Ausübung eines Rechtes; § 1020 ff. Ausübung einer Grunddienstbarkeit; § 1030: Ausübung des Nutzungsrechts; § 1092: Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit: § 1099 Abs. 2 Ausübung des Vorkaufsrechts.

kein breiter Raum und bei der Ausführlichkeit, mit der die Wissenschaft diesen Begriff bereits behandelt hat, auch kein wesentliches Bedürfnis vorliegt.

Durch diese Umstände wird auch die vorliegende Untersuchung nach zwei Seiten hin beeinflusst. Einmal wird sie sich naturgemäss an die bisherige Lehre anlehnen; dann aber muss sie sich des Raummangels wegen versagen, auf die Erörterung des Begriffs der Rechte im subjektiven Sinne näher einzugehen.

Wann übe ich ein Recht aus? Der Laie und wohl auch der unbefangene und in den Einzelfragen weniger bewanderte Jurist wird die Antwort für nicht schwer halten und sagen: Ich übe ein Recht aus, wenn ich das thue, wozu das Recht mich berechtigt.[1] Und diese Definition dürfte wohl formell kaum anfechtbar sein; inhaltlich ist sie nichtssagend und enthält nicht viel mehr als eine Auflösung des Begriffs der Rechtsausübung.[2] Im wesentlichen formell ist auch die Definition, welche Windscheid Pand. I § 121 gibt: Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus.[3] Von der ersten Definition unterscheidet sich diese dadurch, dass sie die Richtung der vom Berechtigten geübten Thätigkeit angibt (verba: „den seinem Rechte entsprechenden Zustand verwirklicht") und zweitens

1. So definiert denn auch Wendt, Pand. § 10 S. 20: Ausübung des Rechts heisst jede Thätigkeit, zu welcher das Recht die Befugnis gewährt.

2. Auch die Quellen geben keine Definition; sie sprechen von „suo jure uti", l. 55 D. de r. j. 50, 17, l. 255 § 1 eod. und lösen den Ausdruck entsprechend der im Text gegeben Definition negativ in „id facit, quod facere jus non habet" auf; l. 151 eod.

3. Aehnlich definiert Endemann a. a. O. S. 356: „Ein subjektives Recht wird bestimmungsgemäss ausgeübt durch die Herstellung des ihm entsprechenden thatsächlichen und rechtlichen Zustandes."

dadurch, dass sie jenes Berechtigtsein, jus habere, als eine vom Rechte verliehene Befugnis kennzeichnet (verba: „kraft seines Rechts"). Dies letztere entspricht der Windscheidschen Auffassung der Rechte im subjektiven Sinne als „Wollen dürfen".[1] Ueber den Inhalt der Rechtsausübung sagt die Windscheidsche Definition auch nichts aus. Auch die Definition, welche Unger, Oesterr. Privatr. S. 612 gibt, geht nicht viel weiter: „Ausübung eines Rechtes ist die thatsächliche Geltendmachung der im Rechte enthaltenen Befugnisse, somit Realisierung des Inhalts, welcher in dem Rechte liegt, die Geltendmachung des Rechtsstoffs, welchen ein Recht enthält."

Aber welches ist der Rechtsstoff, welcher in einem Rechte liegt? — Die Thätigkeit des ein Recht ausübenden wird rechtlich charakterisiert in den Definitionen, welche Sintenis, das prakt. gem. Civilr. I S. 232 und Arndts, Pand. S. 155 geben. Sintenis definiert: „Unter Ausübung eines Rechts ist jede Aeusserung des Willens zu verstehen, welcher vermöge des Begriffs des Rechts als ein rechtlicher erscheint." Arndts ähnlich: „Ausübung eines Rechts ist die thatsächliche Aeusserung der Willensherrschaft, welche sich jemand in Ansehung eines Gegenstandes beilegt, bestehend in Handlungen, zu welchen das Recht die Befugnis gibt." Auch Böcking Pand. I. § 128 definiert: „Ausübung eines Rechts ist die Aeusserung, durch Thun oder Unterlassen sich bekundende Bethätigung eines Willens: sie bestimmt sich durch den Inhalt des Rechts und die Beschaffenheit seines Gegenstandes". — Den Inhalt der Rechtsausübung nennt die Definition, welche Dernburg, Pand. I S. 92 gibt: „Ausübung der Rechte ist die Ausnutzung mittels Handelns oder Unterlassens." Diese Ausnutzung kann nach Dernburg in dreierlei bestehen: In dem Genusse des durch die Rechte gewährten Lebens-

1. Pand. I § 37 ff.

gutes oder in ihrer Geltendmachung und gerichtlichen Verfolgung. Am ausführlichsten ist Regelsberger, Pand. § 54, S. 228: „Der Zweck der Rechte ist, den Genuss eines Lebensgutes oder einer Lebensaufgabe zu sichern. Wer die in den Rechten enthaltene „Befugnis, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zur Erreichung jenes Zieles diensam sind (uti, frui imperare, vetare) und das Recht wider den Gegner geltend zu machen (interpellare, persequi) bethätigt, der übt die Rechte aus."

In den beiden zuletzt genannten Definitionen tritt eine Zweiteilung zu Tage: die einfache Ausübung und die Geltendmachung des Rechts, jene als friedliche, diese als streitbare Handlungen zur Verwertung des Rechts. Die Geltendmachung wird sodann wieder geschieden in einfache aussergerichtliche (interpellare) und in die gerichtliche (persequi).[1]

Unter den angezogenen Definitionen gebe ich den formellen den Vorzug. Sie verzichten mit Recht darauf, uns den Inhalt der Rechtsausübung im Einzelnen zu bezeichnen und begnügen sich damit, uns den Weg zu weisen, wie wir im Einzelfalle die Frage, ob wir es mit einer Rechtsausübung zu thun haben oder nicht, lösen können. Der Vorzug der formellen Definitionen wird noch deutlicher werden, wenn ich dargethan habe, dass die Zwei- oder Dreiteilung Dernburgs, Regelsbergers und vieler Anderer in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffend ist.

Eine reine Zweiteilung ist wohl bei allen subjektiven Rechten (dieser kürzere Ausdruck sei gestattet) angängig. Jedes Recht lässt Handlungen zu, durch welche der durch dasselbe gesicherte Lebensgenuss erreicht werden soll (frui, uti, imperare, vetare, einfache Ausübung) und in der Regel wird auch jedes Recht gerichtlich verfolgbar sein.[2] Da-

1. Diese Zwei- oder richtiger Dreiteilung erkennen übrigens auch die meisten der anderen an.

2. Damit soll nicht gesagt sein, dass die Klagbarkeit zum Wesen des Rechts gehört.

gegen kann man kaum jede aussergerichtliche Geltendmachung, Behauptung eines Rechts als Ausübung desselben bezeichnen.[1] Wer dem Gegner gegenüber sein Recht aussergerichtlich betont, übt damit nicht sein Recht aus. Wenn mir die Kinder des Nachbars das Obst aus dem Garten gestohlen haben und ich führe hierüber gegenüber meinem Nachbarn Beschwerde, indem ich mein Eigentumsrecht betone und ihn auffordere, das etwa noch vorhandene Obst herauszugeben, so übe ich damit nicht mein Eigentumsrecht aus. Jeder kann sich mit seinem Nachbar zanken. Wenn ich die Herausgabe des Obstes verlange, „verwirkliche" ich nicht mein Recht. (Vgl. die Windscheid'sche Definition). Ich thue einen Schritt, der mich in die Lage setzen soll, mein Recht zu verwirklichen, z. B mein Obst zu essen. Um als Rechtsausübung bezeichnet zu werden, muss eine Handlung unmittelbar auf Verwirklichung des Rechts gehen. Wenn ich auf Herausgabe des Obstes oder Schadensersatz klage, so übe ich mein Recht aus. Offenbar thue ich dies dann noch nicht, wenn ich zu meinem Rechtsanwalt gehe und ihm die Sache vortrage. Wenn ich das Obst in meinem Garten pflücke, übe ich mein Eigentumsrecht aus. Niemand wird behaupten, dass ich dies schon dann thue, wenn ich mir eine Leiter kaufe, um sie zum Pflücken der Aepfel zu benutzen. — Was ich also darthun will, ist: Es gibt nur den einen Gegensatz: Einfache Ausübung (Genuss) und gerichtliche Geltendmachung, nicht noch den Gegensatz: Einfache Ausübung und aussergerichtliche Geltendmachung. Wenn ich ein subjektives Recht habe, so sichert mir das Gesetz einen Genuss, d. h. das Gesetz stellt erstens für meinen

1. Damit stimmt auch der Sprachgebrauch. Schuldet mir jemand 1000 Mark, so werde ich nicht sagen: Ich will von meinem Rechte Gebrauch machen und ihn mahnen! — Jedoch ist zu beachten, dass der Sprachgebrauch häufig die im Text als einfach bezeichnete Ausübung Geltendmachung nennt.

Genuss Normen auf, und zweitens verspricht es mir staatliche Hülfe, wenn mir der Genuss streitig gemacht wird: tertium non datur. Somit liesse sich die aussergerichtliche Geltendmachung höchstens als einfache Ausübung der Rechte auffassen (Handlungen zur Verwirklichung der Rechte). Ich habe mich aber hiergegen bereits deshalb ausgesprochen, weil es sich nur um einen die Ausübung vorbereitenden Schritt handelt.

Man wird nun einen Einwand machen können: Wenn das Gesetz verlangt, dass der Gläubiger den Schuldner gemahnt habe, damit dieser in Verzug gerate, übt dann der Gläubiger nicht sein Recht aus? Oder liegt vielleicht dieser Fall wesentlich anders als derjenige, in welchem der Gläubiger den bereits „ex re" in Verzug gesetzten Schuldner mahnt? Zweifellos sind es verschiedene Fälle, denn im letzten Falle kommt der Mahnung gar keine rechtliche Bedeutung zu. Jener Fall liegt dagegen so: Der Schuldner schuldet mir 1000; zu zahlen braucht er sie erst, wenn ich zu ihm gesagt habe: Gib mir die 1000 zurück. Thut er dies, dann erblicke ich (wie noch näher darzuthun sein wird) in der Annahme die Ausübung meines Rechts; die Mahnung war dann nur eine diese Rechtsausübung vorbereitende Handlung. Gibt er mir die 1000 nicht zurück, und ich klage die Summe ein, dann war die Mahnung auch eine diese Art der Rechtsausübung vorbereitende Handlung. Wir sehen somit die Mahnung in einer dreifachen Bedeutung. Im Falle der mora ex re facta ist sie eine die Rechtsausübung vorbereitende Handlung, bei welcher sich der Gläubiger von praktischen, auf der Erfahrung beruhenden Rücksichten leiten lässt.[1] Mahne ich, um den Schuldner in Verzug zu setzen, so ist dies ein die Rechtsausübung vorbereitender Schritt, auf welchen das

1. Betonung des Rechts, Erinnerung an die Schuld, Drohung mit gerichtlicher Klage u. s. f.

Recht selbst den Gläubiger verweist, handle es sich um Ausübung des Rechts durch Annahme oder durch Klagerhebung.[1]

Ich komme also zurück auf den Satz: In der aussergerichtlichen Geltendmachung liegt keine Ausübung der Rechte.[2] Dies festzustellen, ist von der grössten Wichtigkeit, denn wir stehen vor der Frage: Darf ich eine Klage erheben mit dem Antrage, es solle meinem Gläubiger verboten sein, mich an die Schuld zu mahnen, weil er dies nur aus Chikane thue. Ich meine, es wird gut sein, Klagen dieser Art zurückzuweisen, abgesehen davon, dass kaum anzunehmen ist, dass eine solche Mahnung keinen anderen Zweck als den der Chikane haben kann.

Kann ich eine Dreiteilung der Rechtsausübung aus den dargethanen Gründen nicht billigen, so halte ich doch auch die Zweiteilung (Genuss oder Ausübung i. e. S. und gerichtliche Geltendmachung) nicht für vorteilhaft, weil damit die Frage, wie geniesse ich ein Recht (auch wenn ich verkaufe, verschenke, verpfände?) nicht beantwortet wird, ganz abgesehen davon, dass von einer Lehre[3] der Genuss als Rechtsausübung gar nicht anerkannt wird. — Unter den genannten formellen Definitionen gebe ich wiederum der Windscheid'schen den Vorzug, jedoch mit der Einwendung, dass der Zusatz: „kraft seines Rechtes“ in die Definition etwas zwar erklärliches, aber nicht unbedingt notwendiges hineinträgt, nämlich die Antwort auf die Frage: woher?, während wir doch vor allem das was? beantwortet haben wollen. Also: Jemand übt sein Recht aus, indem er den seinem Rechte entsprechenden Zustand verwirklicht. — Im

1. Was von der Mahnung, gilt ähnlich von der Kündigung, von der Protestation u. s. f.

2. Noch deutlicher wird dies im Familienrecht: Wie soll die elterliche Gewalt, wenn nicht durch die That oder im Klagewege (z. B. Feststellungsklage), „ausgeübt“ werden?

3. Thon, Rechtsnorm, s. später.

Folgenden wenden wir uns der Ausübung der Rechte im Einzelnen zu und gehen zunächst auf die Erfordernisse derselben ein.

Die Ausübung eines Rechts erfordert selbstverständlich in erster Linie ein Recht, d. h. ein Recht im subjektiven Sinne. Bereits früher wurde bemerkt, dass eine eingehende Untersuchung dieses Begriffs hier nicht angeht.

Des weiteren erfordert die Ausübung eines Rechts, wie dies die erörterten Definitionen erkennen lassen, eine Thätigkeit, und zwar in dem engeren Sinne eines für die Aussenwelt erkennbaren Handelns. Darunter ist freilich nicht nur eine rein körperliche, sondern auch die gesamte Thätigkeit der Sinne zu verstehen. Wenn ich mein Buch lese, mein Gemälde betrachte, übe ich mein Eigentumsrecht daran aus; desgl. übe ich mein Forderungsrecht aus, wenn ich das von mir bezahlte Konzert anhöre. Ich übe mein Eigentumsrecht aus, wenn ich an meinen Hyacinthen rieche, meine Cigarre rauche, meine Hände an meinem Ofen wärme. Ausgeschlossen sind aber die seelischen Thätigkeiten. Im Begriffe der Ausübung liegt diese Beschränkung freilich nicht.[1] Gleichwohl wird sich Niemand dagegen sträuben. Die Rechtsordnung normiert die äusseren Lebensverhältnisse, sie knüpft die Rechtsfolgen an äussere Lebensvorgänge; sie zieht rein innerliche Vorgänge nur ausnahmsweise in Betracht[2] und muss dann ausdrücklich erklären, dass diese inneren Vorgänge erheblich sein sollen.

1. Man wende nicht ein, dass es deswegen überflüssig sei, diese Einschränkung des Begriffs hervorzuheben, weil die Ausübung eines Rechts durch Seelenthätigkeit an sich schon ein Nonsens sei. Gerade die genannten Beispiele zeigen, dass die Thätigkeit der Sinne nur das Geniessen durch die Seele ermöglicht, wie die innere Befriedigung, Freude u. s. f.

2. So im § 226; vgl. ferner § 24[1] K. O., die Bedeutung von Wille, Kenntnis, Nicht-Kenntnis.

Dass der Begriff der Rechtsausübung die Entfaltung einer Thätigkeit im ausgeführten Sinne erfordere, ist aber durchaus nicht allgemein anerkannt. Sintenis a. a. O. S. 223 hält die Ausübung eines Rechts in „ruhendem Zustande" für möglich. Er führt aus: Die Ausübung steht (in dieser Beziehung) zu dem Rechte selbst vor Allem in dem Verhältniss, dass eine solche bei vielen Rechten oft äusserlich gar nicht hervortritt. Jedes Recht nämlich erscheint zunächst als ein ruhender Begriff, versehen mit der Möglichkeit ihm Anerkennung und Geltung zu verschaffen. Wird ihm nun dieselbe von den Seiten, wo sie gefordert werden kann, zu Teil, so kann von einer Ausübung des Rechts nur dann die Rede sein, wenn in Verbindung damit[1] für den Berechtigten ein thatsächlicher Zustand in der äusseren Welt in Zusammenhang steht; dessen (d. h. des thatsächlichen Zustandes) Dauer an sich nämlich, sein Festhalten und das Sichbewegen in ihm ist dann die Ausübung des Rechts." Im Folgenden versteht Sintenis dies vor Allem von Rechtsverhältnissen mit unmittelbarem Bezug auf Sachen. — Man wird aber sagen müssen, dass, was Sintenis ausführt, entweder nicht verständlich oder voll Widersprüche ist. Wie wir (oben S. 156) sahen, definiert er die Ausübung des Rechts als Willensäusserung, und mit Recht bemerkt er a. a. O. S. 232. Anm. 1 hierzu, dass die Ausübung eines Rechts eine Handlung sei. Wir haben oben darzuthun versucht, dass eine solche Handlung für die Aussenwelt erkennbar sein muss, und ich wüsste nicht, was Sintenis in der genannten Anmerkung anderes betonen wollte. Aber gleichwohl führt er im Text § 27 aus, dass eine solche Ausübung bei vielen Rechten (und zwar meint er, wie wir sahen, vorzüglich die Sachenrechte) äusserlich oft gar nicht hervortrete. Also doch Ausübung ohne Handlung! Auch ist die Art, wie Sintenis

1. D. h. doch wohl: mit der Anerkennung.

sich eine solche Ausübung denkt, nicht ganz klar. Wenn er sie in der „Dauer jenes äusseren Zustandes", dessen „Festhalten" und dessen „Sich in ihm Bewegen" sieht, so ist fraglich, ob eines von diesen Dreien schon eine Ausübung darstellen soll oder eine solche nur vorliegen soll, wenn alle drei zusammentreffen. Ist die obige Aufzählung im letzten Sinne zu verstehen, dann widerspricht sich Sintenis insofern, als offenbar das Sich-Bewegen, in gewissem Sinne auch das Festhalten[1]), eine Thätigkeit verlangt, die Ausübung also eine Thätigkeit ist, somit „äusserlich hervortritt". Sieht Sintenis jedoch schon in der Dauer an sich die Ausübung des Rechts, dann widerspricht dies, wie bemerkt, seiner Definition, dass die Ausübung eine Willensäusserung, Handlung sei. Diese Auffassung, dass die Rechtsausübung schon in der blossen Dauer des äusseren Zustandes zu erblicken sei, ist aber gänzlich unhaltbar. Ich kann nach Sintenis mein Eigentumsrecht ausüben, ohne irgend welche Thätigkeit vorzunehmen; darin, dass Jedermann mein Eigentumsrecht anerkennt und e. c. mein Grundstück meiner Machtsphäre unbedingt unterworfen ist (Anerkennung und damit im Zusammenhang stehender Zustand in der äusseren Welt), darin allein soll schon die Ausübung meines Eigentumsrechtes liegen. Das ist eine Ausübung des Eigentumsrechts ohne Ausübung! Noch krasser ist das praktische Resultat aus § 226. Man denke sich folgenden Fall: Der Grundbesitzer X ist der Todfeind des Grundbesitzers Y. X erfährt, dass Y ein für seine Wirtschaft höchst wertvolles Stück Land erstehen will. Für X hat es nicht den geringsten Wert; er will es nicht einmal bewirtschaften, aber um X. zu ärgern, aus reiner Bosheit und Chikane, kauft er

1. Nämlich, soweit im Festhalten sich eben eine Thätigkeit äussert. Freilich kann man auch sagen, dass ich einen Zustand festhalte, solange ich ihn nicht aufgebe.

das Stück Land für einen höheren Preis und lässt es brach liegen. Aber sein Eigentumsrecht wird anerkannt, es wird nicht verletzt, mit der Anerkennung steht offenbar ein thatsächlicher Zustand in der äusseren Welt in Zusammenhang; in dessen Dauer und dessen Festhalten (X will an dem Zustande nichts ändern) liegt dann die Eigentumsausübung des X. Aber diese Eigentumsausübung kann nur den Zweck haben, dem Y zu schaden, nämlich ihm den Erwerb dieser für ihn sehr wertvollen Parzelle unmöglich zu machen. Y. klagt also aus § 226, dem X solle die Ausübung seines Eigentumsrechtes untersagt werden. Dabei rührt sich X. nicht; man müsste ihm das Eigentumsrecht selbst entziehen.

Wir wenden uns nunmehr der Frage zu: Welche Willensäusserungen, Handlungen enthalten eine Rechtsausübung? oder: welche Willensäusserungen enthalten eine Verwirklichung des Rechts?

Ich habe schon an früherer Stelle darauf hingewiesen, dass es im Grunde zwei Formen gibt; die friedliche Ausübung, Ausübung im engeren Sinne und die gerichtliche.

Dass derjenige, welcher sein Recht gerichtlich geltend macht, sein Recht ausübt, wird ganz allgemein anerkannt. Aus diesem Grunde verzichte ich darauf, diesen Punkt hier näher zu erörtern, obgleich zahlreiche interessante, auch erhebliche Fragen sich daran knüpfen.[1]

Dagegen ist die Ausübung eines Rechts in anderer Form als derjenigen der gerichtlichen Geltendmachung ein in manigfacher Beziehung umstrittener Punkt.

Kein Zweifel kann darüber bestehen, dass die Rechtsausübung erst in dem Momente beginnt, in welchem das Recht selbst entstanden ist, Also: Jede auf die Begründung eines Rechts gerichtete Handlung kann niemals eine

1. Wie steht es z. B., wenn jemand auf Grund eines Rechts von den Einrichtungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Gebrauch macht?

Ausübung dieses Rechts sein, sie kann sich höchstens als Ausübung eines anderen Rechtes darstellen. Wenn der Emphyteuta und der bonae fidei possessor die abgefallenen Früchte auflesen, so üben sie ihr Recht aus, sie sind schon von der Trennung an Eigentümer der Früchte; der Usufructuar und der Pächter dagegen begründen ihr Eigentumsrecht erst durch diesen Akt der Perception, wodurch sie freilich ihr Nutzungs- und Pachtrecht ausüben.

Wie wird nun das ins Leben gerufene Recht (von der gerichtlichen Geltendmachung abgesehen) ausgeübt? Dadurch, dass der Berechtigte das thut, was unmittelbar zu dem Genusse führt, auf welchen das Recht lautet. Oder: indem er diejenigen Handlungen vornimmt, durch die er sein Recht geniesst. Oder ganz kurz: indem er das Recht geniesst. — Dies ist die herrschende Lehre. Sie hat jedoch Gegner. Am eingehendsten ist sie von Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Abschn. VI: Der Genuss S. 288 ff. bekämpft worden. Seine Gründe sind so beachtenswert, dass ein ausführliches Eingehen auf seine Ansicht durchaus geboten ist, zumal dies uns Gelegenheit bieten wird, die herrschende Lehre zu verteidigen.

Folgendes ist in kurzem die Thonsche Lehre.[1]

Der Genuss des rechtlich geschützten Gutes gehört niemals zum Inhalt des Rechts. Der Genuss wird vom Rechte nur geschützt, aber nicht gewährt. Genuss bleibt Genuss, gleichviel ob das Recht ihn schützt oder nicht. Die Rechtsordnung braucht das Geniessen gar nicht zu erlauben, es genügt, dass sie es nicht verbietet; was nicht verboten ist, ist eben erlaubt. Die Annahme eines Rechts auf den Genuss ist nicht einmal eine unschuldige Fiktion.

1. Thon hat fast die gesamte heutige Lehre gegen sich; doch hat er Anhänger, so Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exc. S. 9 ff. Auf diesen und andere näher einzugehen, ist hier unmöglich.

Unzuträglichkeiten aller Art sind vielmehr die unausbleiblichen Folgen derselben. Die ganze Rechtsordnung befiehlt nur, sie erlaubt nie. Wollte man annehmen, sie erlaube, dann müsste sie auch den Genuss gewährleisten, dem Einzelnen gestatten, in all dem, wozu ihm das Recht zugeschrieben wird, die Gemeinschaft um Hülfe anzugehen. Dies trifft aber nicht zu. Die Rechtsordnung kümmert sich gar nicht um den Genuss der Güter, weder um das „Ob" noch das „Wie" des Genusses. Sie räumt nur die Hindernisse für den Genuss hinweg. Gäbe es ein Recht auf den Genuss, dann könnten Willensunfähige nicht geniessen, denn die Ausübung eines Rechts setzt den Ausübungswillen voraus. Die herrschende Lehre führt zu der Annahme („vor der unser Gefühl sich sträubt", S. 296), dass jedes Thun, das nicht verboten, also erlaubt ist, Rechtsausübung sei, auch wenn es sittlich verboten sei[1]. Insbesondere bekämpft Thon die Lehre, dass das dingliche Recht seinem Inhaber eine unmittelbare Herrschaft über die Sache verleihe, während in obligatorischen Verhältnissen der Gläubiger immer und stets nur mit der Person seines Schuldners zu thun habe. Der Eigentümer wohne nicht unmittelbarer in seinem Hause als der Mieter in dem gemieteten. Beide geniessen das Haus in gleicher Weise. Thons Ausführungen gipfeln schliesslich darin, dass der Genuss des rechtlich geschützten Gutes der Zweck, nicht aber der Inhalt des Rechts sei.

Man könnte nun sagen: Thon hat mit dieser Ansicht ganz recht, wenn man ihn so versteht: Der Genuss gehört insofern nicht zum Inhalte des Rechts, als man den Genuss

1. Noch stärker äussert sich Hälschner im Gerichtssaal XXI S. 82 ff. Ist aus dem Erlaubten, dem Essen und Arbeiten erst ein Recht zu essen und zu arbeiten geworden, dann liegt es nahe, dass der Berechtigte sich den Verpflichteten sucht, dass er gegen den Staat sein Recht auf Nahrung, auf Arbeit geltend macht.

als durch das objektive Recht verliehen, erlaubt ansieht, d. h. sich auf den Windscheid'schen Standpunkt über den Begriff der subjektiven Rechte stellt. Da jedoch hiermit nicht gesagt sei, dass der Genuss sich nicht vielleicht von einem anderen Gesichtspunkte aus als Inhalt des Rechts darstelle, so erübrige es sich, die Thon'sche Lehre zu bekämpfen. Aber einmal ist denkbar, dass auch in jener Auffassung die Thon'sche Lehre unzutreffend ist, und ferner ist es uns ja gerade darum zu thun, zu erfahren, von welchem anderen Gesichtspunkt aus eventuell der Genuss als Rechtsinhalt angesehen werden kann.

Wir wollen davon ausgehen, worauf Thon alles ankommt: Der Genuss ist eine dem Rechte gänzlich gleichgültige Handlung, die sich immer gleich bleibt, mag das Recht sie schützen oder nicht. — Wer wollte dies bezweifeln! Wer wollte bestreiten, dass der physische Vorgang derselbe ist, wenn ich einen Kuchen mit oder ohne — s. v. v. — Erlaubniss der Rechtsordnung verzehre. Ich nehme ihn, stecke ihn in den Mund, kaue, schlucke, verdaue ihn, gleichviel, ob ich ihn gekauft oder gestohlen habe. Dies gilt aber auch nur vom rein physischen Vorgang, schon in psychicher Hinsicht ist der Vorgang nicht immer gleich geartet. Wenn z. B. Thon von den Juden, die am Berge Sinai das Gebot: „Du sollst nicht töten“ empfingen, sagt, sie hätten auch früher geatmet, gearbeitet, gegessen, getrunken, wie nach Erlass dieses Gesetzes, so ist das eben nur in rein physischer Hinsicht vollständig richtig. Hatten die Juden vorher (da sie also, wie ich mit Thon annehmen will, ohne ein die Tötung verbietendes Gesetz lebten) geathmet, gearbeitet u. s. f. in der Furcht vor dem Verluste dieses Lebensgenusses durch Tötung, so war für sie doch nunmehr der Genuss des Lebens — ich möchte sagen ein genussreicherer, nachdem durch jenes Verbot das Leben in gewissem Grade gesichert worden war.[1] Die Juden

1. Auf die Frage nach der verbindlichen Kraft dieser Norm einzugehen, ist natürlich hier kein Raum.

genossen seitdem ihr Leben im Gefühle erhöhter Sicherheit.[1] Und dasselbe gilt von dem Beispiele mit dem Kuchen. Die Rechtsordnung sagt zu mir: Wenn Du den Kuchen unter gewissen Umständen besitzest (z. B. wenn Du ihn gekauft und übergeben erhalten hast), dann schütze ich Dich, damit Du mit dem Kuchen nach Belieben verfahren kannst, damit Du ferner jeden Anderen von der Einwirkung auf den Kuchen ausschliessen kannst: § 903 B. G. B. Dadurch, dass mir unter gewissen Umständen der Rechtsschutz gewiss ist, ich aber unter anderen Umständen nicht auf ihn rechnen kann, geniesse ich den Kuchen ganz anderen Mutes unter jenen Umständen, als unter diesen· Hieran kann natürlich die Behauptung nichts ändern, dass man verbotene Früchte als besonders süss zu bezeichnen pflegt, und dass Kindern in der That die auf dem Felde maraudierten Aepfel besser schmecken als die sie zu Hause erhalten. Aber auch der ernstere Einwand, den ich sofort zu gewärtigen habe, den vor allem auch Thon S. 294 ff. und Anm. 11 macht, dass nämlich von verschiedenartigen Genüssen dann nicht die Rede sein könne, wenn der Geniessende von der ihm gewährten Sicherheit nichts weiss (wie bei Willensunfähigen oder dem schlafenden Reiter), auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig; ich kann freilich erst weiter unten auf seine Widerlegung eingehen.

Wir unterstellen also hier zunächst den Normalfall, dass ein Handelnder weiss, ob das Recht sein Handeln schützt oder nicht. Und ferner geben wir Thon zu: das blosse Thun wird durch das Gesetz kein anderes, aber das Be-

1. Dass durch das subjektive Recht der Genuss gesichert werde, gibt Thon nicht nur zu, sondern er erblickt, wie bemerkt, hierin das Wesen des subjektiven Rechts. Aber er übersieht die Veränderung, welche durch sie der Genuss erfährt.

wusstsein, mit welchem es vorgenommen wird, ändert sich. Aber ändert es sich nur im Hinblick auf die Sicherheit? Wir wollen sehen.

Wenn ich schlafe, mir die Nase reibe, weil sie mich juckt, die Augen rolle, wenn ich, um Thons Beispiele zu nennen, atme, arbeite, esse, trinke, so sind dies alles rechtlich durchaus unerhebliche Vorgänge, wenigstens absolut, an sich betrachtet.[1] Wenn ich ein Schriftstück, in welchem ich jemandem 1000 Mark zahlbar am 1. Januar 1900 verspreche, unterschreibe, so ist dies an sich betrachtet ein ganz unerheblicher Thatbestand. Ich bewege meine Finger, welche eine Feder halten, nach angelernter Methode, um dadurch gewisse meinen Namen darstellende Zeichen aufs Papier zu bringen. Dies bleibt es, mag man an diese Vorgänge Rechtsfolgen knüpfen oder nicht. Aber dieser unerhebliche Thatbestand bleibt es eben nur ganz abstrakt betrachtet. In relativer Beziehung auf die Umstände, auf mich selbst, auf mein Vermögen, auf andere in der Urkunde genannte Personen gelangt der Thatbestand zu einer Bedeutung; er erzeugt unter Umständen eine Reihe anderer physischer Vorgänge: ich nehme zahlreiche weitere Handlungen vor: ich greife z. B. am 1. Januar 1900 in meine Brieftasche, um ihr die 1000 Mark zu entnehmen; ja ich muss vielleicht erst auf die Bank gehen, oder gar erst ein Darlehen aufnehmen oder arbeiten, um die 1000

1. Vielen Handlungen (im weitesten Sinne) geht die Fähigkeit, rechtlich erheblich zu werden, völlig ab, weil der Handelnde gar keine Macht über sie hat, so ist es z. B. mit dem Verdauen oder dem von Thon genannten Atmen. Ueber das Schlafen haben wir eine gewisse Macht, daher können sich Rechtsfolgen daran knüpfen; man denke an eine einschlafende Krankenwärterin oder Garderobiere. Manche Handlungen können rechtlich relevant werden, das Essen und Trinken z. B. als Konsumption; dies gilt sogar von den meisten Handlungen; solche, die an sich schon, also stets, rechtliche Bedeutung haben, sind undenkbar.

Mark zu verdienen. Und dies alles sollte das tote Papier mit den Buchstaben von Tinte zu Wege bringen können? Nein, es ist das Recht, welches sich für meine Unterschrift interessiert. Das Recht sichert meinem Gegner, der auf Grund meiner Unterschrift von mir 1000 Mark fordert, Unterstützung zu. Weil ich dies weiss, nehme ich alle jene Handlungen vor. Und weil der Andere weiss, dass ihn das Recht schützt, trägt er kein Bedenken, die 1000 Mark von mir zu fordern und zu nehmen. Wer weiss, dass das Recht ihn nicht schützt, wenn er von einem Anderen Geld nimmt, der sucht es zu verbergen, wenn er es nimmt, falls nicht Geben und Nehmen durch die Sitte geschützt ist. Es bleibt dieselbe Thatsache, ob ich auf dem mir gehörigen Pferde oder auf einem gemieteten oder gestohlenen reite. Das ändert aber nichts an der Thatsache, dass ich auf verschiedene Weise zu dem Genusse des Reitens gekommen bin und dass die Vorgänge, welche mir diesen Genuss verschafft haben, von gewissem Einfluss sind: Der Eigentümer geniesst (von dem schon dargethanen Gefühl der Sicherheit sehe ich jetzt ab) mit dem Bewusstsein, dass er das Pferd zu Tode reiten kann, ohne dass sich hieran Folgen knüpfen, der Mieter weiss, dass er in einem solchen Falle Schadensersatz leisten muss und der Reiter des gestohlenen Pferdes weiss, dass er überhaupt nicht Herr des Genusses ist, sondern dass sein Genuss zu Ende ist, sowie die Vorgänge, durch die er zu dem Genusse gekommen ist, bekannt geworden sind. Grade dieser letzte Fall bereitet Schwierigkeiten. Der Dieb, der Rechtlose, scheint ebenso zu geniessen wie der Eigentümer; also muss doch wohl der Genuss mit dem Rechte nichts zu thun haben. Thatsächlich ist jedoch der Genuss verschieden hinsichtlich 1) des Sicherheitsgefühls (Rechtsschutz); 2) seiner Beherrschung durch das Individuum. Dies ist nicht gleichbedeutend, wie man vielleicht auf den ersten Blick annehmen könnte. Im ersten Falle weiss der Geniessende, dass die Rechtsordnung ihn

schützt, dass der Staat ihm seinen Arm leiht, resp. er weiss, das dies nicht der Fall ist. Im zweiten Falle weiss das Individuum, dass es über den Genuss bestimmen kann, wie es will, dass vor Allem der Genuss erst da aufhört, wo das Individuum ihn aufhören lassen will, resp. dass diese Selbstbestimmung nicht besteht, vielmehr der Genuss vom Willen Anderer abhängig ist.

Dass jene Vorgänge den Genuss in der geschilderten Weise beeinflussen, normieren, ist nun aber eine Folge des positiven Rechts; denn die Vorgänge im — ich möchte sagen rechtsleeren Raume haben, wie gesagt, jene Wirkung nicht.[1]

Wir sind hiernach so weit, dass wir sagen: Das Recht beeinflusst (normiert) den Genuss. Der Genuss wird also nicht nur begrifflich durch die Rechtsordnung ein anderer (eben ein rechtlich normierter Genuss), sondern er wird auch in seinem Wesen verändert. Er erlangt vom Rechte das Sicherheitsgefühl sowie die Folgen seiner Ausübung, oder genauer gesagt: von jenen Vorgängen, welche den Genuss herbeiführen, in Verbindung mit dem Rechte. — Also, was festzustellen war: Der Geniessende, dem ein Recht zur Seite steht, geniesst einmal im Bewusstsein der Sicherheit, ferner im Bewusstsein der Folgen. Es sei bemerkt, dass selbstverständlich dieses Bewusstsein nicht so zu verstehen ist, als ob der Berechtigte beständig an die Sicherheit und die Normierung denken müsste.

Thon kann also darin beigestimmt werden, dass der Genuss keine Folge des Rechts ist, dass er sein Dasein nicht dem Rechte verdankt. Wohl aber erhält er vom Rechte seine Schranken und Formen. Ist dies richtig (und wir haben versucht dies darzuthun), d. h. ist der Genuss vom Rechte normiert, dann wird man auch sagen müssen, dass er Inhalt des Rechts ist oder dass im Genuss eine

1. Ich gebe zu, dass ich hierbei gänzlich von dem absehe, was Ihering die „ethischen Mächte" im Rechte nennt.

Ausübung desjenigen Rechts liegt, welches diesen Genuss normiert.

Man wird mir hierauf vorhalten: Also Rechtsausübung ist hiernach gar nicht Ausübung eines subjektiven, sondern eines objektiven Rechts? In dieser Frage und der Antwort darauf steckt der Kern dieser Lehre und m. E. gleichzeitig derjenige von der Lehre der subjektiven Rechte. Dieser letztere Ausdruck ist freilich nur geeignet, zu verwirren. Man erhält das Gefühl, als handle es sich beim objektiven Rechte um die Normen und beim subjektiven Rechte um von ihm verliehene Befugnis. Grade dies ist unzutreffend. Sprechen wir vom „Recht im objektiven und subjektiven Sinne", so wird dies klar. Im ersten Falle sind es die Normen in abstracto, objektiv betrachtet, ohne jegliche Beziehung. Im zweiten Falle sind es eben dieselben Normen, mit denen wir es zu thun haben, diesmal jedoch in Beziehung auf ein Rechtssubjekt, d. h. in subjektivem Sinne. Aber der Begriff des Rechts ist auch diesmal der gleiche. „Ich habe ein Recht im subjektiven Sinne" heisst: Ich thue etwas, worüber es eine zustimmende Rechtsnorm gibt. Wenn ich also etwas thue, etwas geniesse, was rechtlich geregelt ist, so übe ich den Inhalt dieser Regeln aus; das will aber nicht sagen, ich übe ein objektives Recht aus: in diesem letzteren Satze liegt schon eine contradictio in adjecto, denn durch die Beziehung auf das „Ich" wird das Recht im bloss objektiven Sinne zum Rechte in subjektiver Beziehung.

In der Ausführung Thons verwirrt folgendes am meisten. Er sagt: Der Genuss ist nicht Ausübung des Rechts, denn das Recht kann und braucht den Genuss nicht zu erlauben. Als ob jene Ansicht sich nur auf diese Motivierung stützen liesse! Als ob nicht vielmehr die Ansicht, der Genuss sei Rechtsausübung, von vielen geteilt würde, die durchaus nicht die subjektiven Rechte als ein Wollendürfen auffassen. So sagt z. B. Dernburg Pand. I,

§ 39: Recht im subjektiven Sinne ist der Anteil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt, und § 41: Ausübung des Rechts besteht im Genusse u. s. f. —

Um sagen zu können, der Genuss gehöre zur Ausübung des Rechts, muss man ihn als Inhalt des Rechts bezeichnen. Aber wer sagt denn hiermit, dass der Genuss nur insofern Inhalt des subjektiven Rechts sei, als er und dieses ein Ausfluss des objektiven Rechts sei? Windscheid, Puchta u. a. stellen allerdings diesen Satz auf. Wer ihn für falsch hält (wie ich dies thue) und wer leugnet (wie ich es nicht thue), dass der Genuss auch von einem anderen Gesichtspunkte aus als Inhalt des subjektiven Rechts bezeichnet werden kann, der kann konsequenter Weise den Genuss nicht als Rechtsausübung ansehen. — Nach den oben entwickelten Sätzen übe ich jedoch, wenn ich auf meinem Pferde reite, auf meinem Flügel spiele, nicht das aus, was mir das Recht erlaubt, gewährt, sondern das, was es sichert und normiert. Damit erledigen sich alle Einwendungen, die Thon gegen die Auffassung, dass der Genuss Rechtsausübung sei, erhebt. Denn bei Thon ist es überall der Kampf gegen die Auffassung der subjektiven Rechte als Ausfluss der objektiven, was ihn leitet. Im Einzelnen ist noch Folgendes gegen Thon zu bemerken.[1]

1. Wenn ich mein Recht nicht insofern ausübe, als ich thue, was das Recht mir erlaubt, sondern, was es gleichzeitig schützt, normiert, regelt, braucht man die Konsequenz nicht zu ziehen und zu fürchten, dass das

1. Die folgenden Sätze könnten deswegen als überflüssig erscheinen, weil sie davon absehen, das subjektive Recht als Ausfluss des objektiven aufzufassen, also Thon die darin bekämpften Ansichten unter solchen Umständen nicht aufgestellt hätte. Aber Thon stellt sie schlechthin für den Fall auf, dass man im Genuss eine Rechtsausübung erblicke.

Recht den Einzelnen befugt, zu all dem, wozu ihm ein Recht zugeschrieben wird, die Gemeinschaft um Hülfe anzugehen. Weil eben das subjektive Recht nur rechtlich geschützter und normierter Genuss ist, ist das Recht auch nur verpflichtet, diese Sicherung gemäss der Normierung zu gewährleisten.

2. Es besteht auch nicht die Befürchtung Thons, dass jedes unverbotene Thun als Rechtsausübung anzusehen sei oder gar jene Befürchtung Hälschners, dass der das Erlaubte übende sich den Verpflichteten im Staate suche. Denn nicht das ist ein subjektives Recht, womit sich das objektive Recht nicht beschäftigt (was das objektive Recht nicht verbietet), sondern das ist ein subjektives Recht, womit das objektive Recht sich beschäftigt, d. h. was das objektive Recht zwar nicht erlaubt, aber sichert und normiert. Nur in diesem Falle ist der Genuss Rechtsausübung; diese ist eben Ausübung eines Rechts, d. h. eines vom Rechte gesicherten und normierten Genusses, nicht Ausübung einer Berechtigung. Allerdings ist erlaubt, was vom Rechte nicht verboten ist; aber was erlaubt ist, ist noch nicht Recht im subjektiven Sinne. Hier liegt der erheblichste falsche Schluss, den Thon macht. Er schiebt damit auch der Windscheidschen Lehre etwas von ihr gar nicht Behauptetes unter. Windscheids Lehre sagt: Wo ein subjektives Recht besteht, stellt es sich als Wollen-Dürfen dar. Sie sagt aber nicht: Jedes Wollendürfen ist ein subjektives Recht.

3. Thon stellt auch in Abrede, dass der Eigentümer einer Sache ein Recht auf ihre Zerstörung habe,[1] er leugnet, dass die Zerstörung Inhalt, Ausübung des Eigentumsrechts sei. Dem setze ich Folgendes entgegen: Wenn das Recht sagt: an dieser Sache hast Du ein Eigentumsrecht, so

1. Ich zähle das Zerstören einer Sache zu dem weiten Begriffe des Genusses; auch Windscheid, Pand. I § 149, Anm. 5 rechnet es zur Rechtsausübung.

heisst dies, wie mehrfach erwähnt, nicht: Ich erlaube Dir unter anderem, diese Sache zu zerstören. Soweit hat also Thon Recht, die Zerstörung ist, wie jede Rechtsausübung, nicht Ausübung einer Befugniss. Gleichwohl aber ist die Manipulation des Zerstörens nicht, wie Thon es von jedem Genuss behauptet, eine Handlung, mit der das Recht gar nichts zu thun hat, ja, die nicht einmal in diesem Falle den Schutz der Rechtsordnung geniessen dürfe. Insbesondere das letztere trifft nicht zu. Das Recht schützt den Eigentümer auch darin, dass es Jedermann untersagt, den Eigentümer an der Zerstörung der Sache zu hindern (ich sehe hierbei vom öffentlichen Rechte völlig ab.) Ferner normiert dass Recht das Zerstören und zwar, consequent den bisherigen Ausführungen, nicht, indem es das Zerstören erlaubt, also dass es das Recht des Zerstörens im Sinne einer Befugniss gibt, sondern indem es die Folgen, die sich an das Zerstören einer Sache knüpfen, normiert. Also: der Eigenthümer tötet sein Pferd, ohne dass Folgen eintreten; der Mieter, der es tötet, thut genau dasselbe, aber an dieses Töten knüpfen sich Folgen, der Schadensersatz. Anerkennt, schützt, normiert der Staat das Zerstören der eigenen Sache, so handelt es sich nicht mehr, wie Thon annimmt, um ein völlig abstraktes, gewissermassen in den Lüften schwebendes Zerstören, sondern es ist ein Zerstören, mit welchem das Recht sich beschäftigt, ein normiertes Zerstören. Die Norm handelt vom Zerstören, Inhalt der Norm ist das Zerstören[1], das Zerstören wird eine Verwirklichung dieses Inhalts, d. h. eine Ausübung des Eigentumsrechts.

Die Untersuchung gipfelt also darin, die Lehre Thons zu entkräften, dass der Genuss nicht Inhalt, sondern Zweck des Rechts sei. Für mich ist der Genuss der innerste,

---

1. Dass eine ausdrückliche Norm dieser Art nicht zu existieren braucht, ist einleuchtend; sie liegt eben im Begriff des Eigentums.

eigentlichste Inhalt des Rechts im subjektiven Sinne. Thons Lehre wirft, wie Kohler, dogmat. Jahrb. Bd. 18 S. 131 fg. sagt, die Auster weg, um die Schale zu behalten. Ist, wie ich darthun wollte, das Geniessen vom objektiven Recht geschützt und normiert, dann ist eben das Geniessen der Kern dieses Rechts, denn dieses Recht ist eben gleich Geniessen. Wie verhält sich nun aber der Genuss zum Recht im objektiven Sinne? Man kann auch nicht sagen, dass der Genuss Zweck des Rechts im objektiven Sinne sei, denn der Genuss hat mit ihm, wie wir mehrfach sahen, nichts zu thun. Aber das objektive Recht bezweckt die Sicherheit und die Normierung des Genusses.

Die Konsequenzen dieser Ausführung für die Auslegung des § 226 sind die erheblichsten. Sie liegen nunmehr auf der Hand. Es ist erheblich, dass jeglicher Genuss als Rechtsausübung auf Grund des § 226 untersagt werden kann, erheblich vor allem auch, dass die Zerstörung meiner Sache durch mich die Ausübung meines Eigentumrechts ist. Dass der Genuss im Sinne des B. G. B. zur Ausübung des Rechts zu zählen ist, geht daraus hervor, dass das B. G. B. den Begriff der Rechtsausübung an zahlreichen Stellen in einer Bedeutung verwendet, dass der Genuss mit Notwendigkeit dahin gerechnet werden muss, so insbesondere in den §§ 1020, 1036; vgl. die übrigen o. S. 154 Anm. 2.

Meine obige Beweisführung enthält eine Lücke, auf die ich selbst schon o. S. 154 hingewiesen habe, die ich jedoch dort noch nicht in der Lage war, auszufüllen. Ich komme auf jene Frage zurück.

Man wird mir nämlich folgenden Einwand machen können: Wenn sich der Genuss dadurch als Rechtsausübung charakterisieren soll, dass der Berechtigte das Bewusstsein von der Sicherheit des Genusses sowie davon hat, dass dieser Genuss rechtlich normiert ist, so kann folgerichtig von einer Rechtsausübung dann nicht die

Rede sein, wenn beide Arten dieses Bewusstseins fehlen, also, um bei den oben genannten Beispielen zu bleiben, bei Willensunfähigen sowie bei Willensfähigen, die sich in bewusstlosem Zustande befinden. Die hierdurch auftauchende Frage: Erfordert die Rechtsausübung das Bewusstsein von dem Rechte? ist eigentlich dadurch erledigt, dass ich den Begriff der Rechtsausübung auf das Rechtsbewustsein aufgebaut habe. Dies muss ich jedoch nunmehr deshalb weiter verfolgen, weil es in der That eine Rechtsausübung zu geben scheint, welche jener von mir als wesentlich hingestellten Begriffe entbehrt.

Ich gehe hierbei davon aus, dass ich eine Stelle bei Unger, System S. 613 hier wörtlich wiedergebe: „Die Ausübung ist etwas faktisches; es kann daher auch derjenige, dem ein Recht nicht zusteht, dieses Recht ausüben, indem er jene Handlung vornimmt, zu welcher das fragliche Recht die Befugnis gibt. . . . .“ Anm. 2 hierzu: „So übt z. B. der Dieb, welcher die gestohlene Sache für sich behalten will, faktisch den Inhalt des Eigentumsrechts aus; jener, welcher eine Dienstbarkeit an einem Grundstücke zu haben glaubt und daher über das fremde Grundstück geht, übt den Inhalt der Dienstbarkeit aus, obgleich ihm das Recht selbst nicht zusteht.“ Im Text heisst es weiter: „Die Ausübung setzt aber stets voraus, dass die Handlung, zu welcher das Recht die Befugnis gibt, mit dem Bewusstsein vorgenommen werde, dass hiermit der Inhalt des fraglichen Rechts ausgeübt werde; wo dieses Bewusstsein fehlt, kann von Ausübung des Rechts keine Rede sein.“ Anm. 3 hierzu: „In diesem Falle werden zwar Handlungen vorgenommen, welche den Inhalt eines Rechts bilden können, da sie aber nicht in dieser Absicht vorgenommen werden, so erscheinen sie nicht als eine Rechtsausübung.“

Diese Auffassung scheint mir theoretisch und praktisch unbrauchbar. Es beruht dies darauf, dass Unger unter dem Begriff „Bewusstsein der Rechtsausübung“ etwas un-

zutreffendes versteht. Für ihn ist es das Bewusstsein, dass der Inhalt des fraglichen Rechts ausgeübt werde. Der Berechtigte soll sich blos dessen bewust sein, dass das, was er hat, mit dem Rechtsinhalt identisch ist. Man sieht, ein gänzlich anderes Bewusstsein als das oben erforderte. Denn es kommt Unger für den Begriff des Rechtsbewusstseins nicht auf das offenbar wesentliche Moment an, das nämlich das Thun nicht nur mit dem Bewusstsein erfolge, dass es mit dem Rechtsinhalte identisch ist, sondern mit dem Bewusstsein, dass es Recht ist, rechtlich geschützt und normiert ist. Man wende nicht ein, dies sei dasselbe. Allerdings Ungers Worte: „Das Bewusstsein, dass mit der Handlung der Inhalt des fraglichen Rechts vorgenommen werde," scheinen sagen zu wollen: „Das Bewusstsein, dass mit der Handlung eine rechtlich normierte Handlung vorgenommen werde." Nun frage man: Hat der Dieb dieses Bewusstsein? Doch nimmermehr. Er hat gerade das entgegengesetzte Bewusstsein. Er kann natürlich, rein physisch verstanden, das gestohlene Gut ebenso geniessen wie der Eigentümer. Aber ihm fehlt das Bewusstsein, dass das Recht seinen Genuss schützt und normiert, er ist, wie oben ausgeführt wurde, nicht der Beherrscher des Genusses. Es folgt aus alledem: Wer ein Recht nicht hat, kann es auch nicht ausüben, denn ihm fehlt das Bewusstsein des Rechts.[1] Und dennoch erklärt Unger es für er-

1. Wächter, Würt. Pr. r. § 36[6] meint auch, nur der Berechtigte solle ein Recht ausüben, thatsächlich könne es aber auch ein Nichtberechtigter thun; er mache den Inhalt des Rechts geltend, s. auch das. Anm. 14. Ueber das unzutreffende dieser Ansicht vgl. den Text. — Bekker, Pand. § 22 unterscheidet: Ausübung im weiteren Sinne (gleichviel, ob der Ausübende berechtigt ist oder nicht) und Ausübung im engeren Sinne nur seitens des Rechtssubjekts und anderer Ausübungsberechtigter. Der Ususfruct ist nicht abtretbar, wohl aber die Ausübung. Uebt der, dem die Ausübung überlassen ist, den Ususfruct, das Recht aus? Eben nicht, der Usufructuar übt es durch ihn aus.

forderlich zur Rechtsausübung. Man muss ihn daher entweder eines auffallenden Widerspruchs zeihen, oder, wie ich es thue, seinen Bewusstseins-Begriff anders verstehen als den meinigen. Dies letztere entnehme ich besonders daraus, dass er eine Eigentumsausübung durch den Dieb für möglich hält. Welches Bewusstsein hat der Dieb? Er weiss, dass er thut, nicht, wozu ihm ein subjektives Recht zusteht, sondern worüber es eine objektive Norm für andere Personen ohne subjektive Beziehung für ihn gibt.

Er hat den Genuss, ohne dass in ihm als Subjekt eine Beziehung zum objektiven Rechte besteht. Er hat also offenbar den Genuss nicht als Recht, sondern als möglichen Inhalt eines Rechts.[1] Unger geht, wie man sieht, in seiner Stellungnahme gegen Thon noch weiter als ich; er sagt: Genuss ist immer Rechtsausübung, auch wenn dem Geniessenden kein Recht zur Seite steht.

Die von Unger angezogenen Stellen unterstützen seine Ansicht gar nicht einmal. l. 25 D. quemadm. serv. 8, 6 lautet: servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure uti se credidit. Nur dann kann man sagen, Jemand habe ein Servitutenrecht ausgeübt, wenn er es in dem Glauben, dem Bewusstsein gethan hat, dass er hierzu ein subjektives Recht habe. Hiernach genügt also nicht die Absicht, den in einem Rechte liegenden Rechtsstoff thatsächlich auszuüben (Unger S. 613 Anm. 2 u. 3), sondern dieser Rechts-

1. Ein Laie würde den Satz, ein Recht kann auch derjenige ausüben, der es nicht hat, stets für einen Widerspruch halten. Auch hier gilt: Si duo faciunt idem, non est idem. Unger könnte mit demselben Recht sagen: Jedermann kann Urteile fällen, weil Jedermann einen Tenor aussprechen kann. Er könnte auch sagen: Wer kein Forderungsrecht hat, kann die Schuld doch beitreiben. Natürlich kann er das, aber mit Unrecht, es ist also keine Rechtsausübung mehr. Uebt ein zehnjähriger Knabe väterliche Gewalt aus, wenn er seinen jüngeren Bruder prügelt? Unger würde sagen: Ja, thatsächlich.

stoff muss qua jus ausgeübt werden. Dies ist bei dem gutgläubigen Servitutenbesitzer der Fall, er ist im Servitutenbesitz (womit ich nicht behaupte, dass er das Servitutenrecht ausübe, s. u.). Aber Unger thut sehr Unrecht, diesen Fall auf eine Stufe mit dem vom Diebe zu stellen, um an diesen beiden Beispielen zu beweisen, dass auch Nichtberechtigte ein Recht ausüben können. Die Fälle sind ja toto coelo verschieden. Dem Dieb fehlt das Rechtsbewusstsein, der Servitutenbesitzer hat es. Der Dieb hat aus diesem Grunde kein Recht, der Servitutenbesitzer glaubt, ein Recht zu haben und auszuüben. Aber wer nur ein Recht zu haben glaubt, hat es eben nicht und wer nur glaubt, er übe ein Recht aus, übt eben in der That kein Recht aus.[1] Dies liegt alles in dem Worte „glaubt." Wer irrtümlich sich für den Regenten hält und die Macht ausübt, der befindet sich in einer Machtausübung, die niemals eine Rechtsausübung ist.

Durch die bisherige Untersuchung über das Erfordernis des Bewusstseins der Rechtsausübung sollte deren Begriff als Grundlage für die Behauptung der Hauptfrage festgelegt werden. Also: Die Rechtsausübung erfordert das Bewusstsein, dass der Genuss als Recht (nicht nur als Rechtsinhalt) ausgeübt werde. Wie nun, wenn der Berechtigte ohne dieses Bewusstsein geniesst? Wenn er also vorübergehend ohne Bewusstsein ist, ohnmächtig ist, schläft oder dauernd (weil er geisteskrank ist), oder weil ihm die Rechtsordnung das Bewusstsein, da es zu minimal entwickelt ist, gänzlich abspricht? Ist also das Reiten eines Kindes auf einem ihm gehörigen Pferde ein ganz anderes Ding als das Reiten eines Erwachsenen? Und wenn letzterer beim Reiten einschläft, verwandelt sich dann der Spazierritt aus einer Rechtsausübung in ein ganz gewöhnliches

1. Aehnliches sprechen l. 1 § 6 D. de itin. 43, 19 und l. 7 eod. aus.

Thun, um beim Erwachen des Reiters wieder in jenes überzugehen? Diese von Thon a. a. O. S. 295 Anm. 11 spöttisch — insbesondere gegen die Ausführungen von Binding, Normen — aufgeworfenen Fragen sind mit „Ja" zu beantworten. Es ist in der That so. Und wir werden im Folgenden sehen, dass die Unterscheidung doch nicht so „unfruchtbar" ist, wie Thon meint.

Dabei sei vorweg bemerkt, dass es sich nicht darum handelt, zu untersuchen, ob Willensunfähige Rechte haben können. Dies sei als selbstverständlich vorausgesetzt. Hier soll nur untersucht werden: Können Willensunfähige Rechte ausüben?

Wie gesagt, ist die Frage zu verneinen. Zu untersuchen, weshalb dies nicht der Fall ist, ist aus folgenden Gründen erheblich. Thon macht nämlich folgenden Schluss: Ein Beweis dafür, dass der Genuss nicht Rechtsausübung sein kann, ist der, dass Willensunfähige zwar Rechte haben dürfen, auch thatsächlich geniessen, aber kein vom Recht anerkanntes Bewusstsein (Willen) haben. — Dieser Schluss, dass aus diesem Grunde der Genuss nicht Rechtsausübung sein könne, ist ein ganz sonderbarer. Weil es Fälle gibt, in denen Jemand ein Lebensgut geniesst, ohne zu wissen, dass das Recht diesen Lebensgenuss schützt und normiert, der Geniessende also sich des Genusses als rechtlichen nicht bewusst wird, sein Genuss vielmehr für ihn (nicht für die Aussenwelt, welche wohl weiss, dass es ein rechtlicher Genuss ist) nur ein einfaches Thun ist, weil es solche Fälle gibt, soll dieses Bewusstsein überhaupt nie vorhanden sein? Es gibt verschiedene Arten des Lebensgenusses: a. Lebensgenuss, dem ein Recht zur Seite steht, wobei der Geniessende von diesem Rechte das Bewusstsein hat, und b. ohne solches Bewusstsein. In beiden Fällen ist es Genuss; in beiden Fällen ist es rechtlich geschützter und normierter Genuss, der Geniessende hat also in beiden Fällen ein Recht in subjektivem Sinne: dies ist eine Thatsache, die mit dem

Bewusstsein nichts zu thun hat. Da aber im Falle b. das Bewusstsein fehlt, kann der Geniessende nicht ein Recht ausüben. Das Kind kann das Gut, von welchem das betreffende subjektive Recht handelt, geniessen, aber Niemand kann von dem Kinde sagen, es übe sein Recht aus. Bewegt sich der Genuss des Kindes in solchen Lebensformen, wie sie eben ein Kind vornehmen kann, so bleibt es dabei. Kann sich das Kind den Genuss durch eigenes Handeln nicht mehr verschaffen, weil nur ein entwickelter, vernünftiger Wille hier die Wege findet und einschlägt, dann muss eine erwachsene Person eintreten, welche den dem Kinde fehlenden Willen ergänzt.[1] — Also ein Kind, welches von dem ihm gehörigen Obst isst, übt dadurch nicht sein Eigentumsrecht aus. Also thut es Unrecht? Nein, das ist nicht der Gegensatz. Die Gegensätze sind, wie wir sahen: Bewusstsein vom Genuss als Rechtsgenuss und Nicht-Bewusstsein hiervon. Der Genuss ist für das Kind ohne Rechtsbeziehung.[2]

Ist nun das Kind mit seinem schwachen, unentwickelten Verstande unfähig, einen Willen überhaupt oder einen vernünftigen Willen zu äussern, der ihm den Genuss verschaffen kann, dann wird, wie wir sahen, der Wille ergänzt oder ersetzt durch den des Vertreters. Dieser weiss aber, dass er dem Kinde einen gesetzlich geschützten und normierten Genuss verschafft. Er übt daher das Recht des Kindes in dessen Namen aus.[3] — Also der Genuss des

1. Analoges gilt vom Wahnsinnigen.

2. Aus praktischen Gründen verneint das Gesetz das Bewusstsein bis zu einer gewissen Altersgrenze schlechthin. Wo es ausnahmsweise vorhanden ist, wird sein Fehlen gewissermassen fingiert.

3. Anders, wenn der Wille des Kindes nicht ergänzt, sondern nur durch physische Kraft unterstützt wird; wer einem Kinde den in den Nachbargarten gefallenen Ball holt, übt nicht ein Recht im Namen des Kindes aus.

Kindes bleibt objektiver Rechtsgenuss; es besteht auch ein subjektives Recht, aber diese subjektive Beziehung zwischen dem Genuss und den eingreifenden objektiven Normen wird nicht empfunden, daher keine Ausübung qua Recht.

Ganz ähnliches gilt vom schlafenden Reiter. Wenn ich auf meinem Pferde beim Reiten schlafe, kann man nicht mehr sagen, dass ich mein Eigentumsrecht ausübe. Wie soll ich ein Recht ausüben, von dem ich gar nichts weiss! Natürlich kann ich ein Gut auch im Schlafen geniessen. Zum Geniessen gehört kein Bewusstsein, kein Wille, der Schlaf selbst ist ein Genuss. Schlafe ich beim Reiten, so geniesse ich die Tragkraft des Pferdes, im Bette geniesse ich das Bett. Und auch hier sind es, objektiv betrachtet, Rechtsgenüsse; aber ich weiss dies nicht. Nur von den Handlungen, welche das Schlafen vorbereitet haben, lässt sich sagen, sie seien Rechtsausübungshandlungen.

Im scheinbaren Gegensatz zu dieser Auffassung äussert sich Wach, Gerichtssaal 1873, S. 450 folgendermassen: „Der Wahnsinnige übt sein Eigentumsrecht aus, wenn er das ihm gehörige Brod verzehrt. Er thut nicht Unrecht, wenn er seine Vermögensobjekte zerstört, seine rechtliche Handlungsunfähigkeit macht es ihm nur unmöglich, durch bindende Willenserklärung seine Rechtsverhältnisse zu verändern.“ Aus dieser Zusammenstellung verschiedenartiger Dinge ersieht man, dass es Wach kaum darauf ankommt, gegen die herrschende Auffassung behaupten zu wollen, dass der Wahnsinnige selbst durch Genuss sein Recht ausüben könne. Offenbar will Wach nur sagen, was wir oben als Rechtsgenuss im objektiven Sinne bezeichnet haben. Denn für ihn ist das tertium comparationis in den beiden Beispielen, dass dem Wahnsinnigen, wenn er sein Brod isst, sowie wenn er seine Sachen zerstört, ein subjektives Recht zur Seite steht. Wachs Ausdrucksweise zeigt, wie

leicht sogar der Jurist geneigt ist, die Begriffe: „ein subjektives Recht haben“ und „es ausüben“ als gleichbedeutend anzusehen.

Und nun sei noch auf die praktische Folge hingewiesen: Wie richtig ist es doch, da, wo der Geniessende nicht weiss, dass seinem Genusse ein subjektives Recht zur Seite steht, nicht von Rechtsausübung zu sprechen. Wie soll ich ein Recht aus Chikane ausüben können, von dem ich gar nichts weiss. Grade der chikanös Handelnde hat sein Recht vor Augen, pocht auf sein Recht.

Wir kehren nunmehr zu der Untersuchung über die Rechtsausübungshandlungen zurück, nachdem wir festgestellt haben, dass in erster Linie der Genuss schlechthin Rechtsausübung ist. Was im Einzelfalle Genuss ist, kann hier nicht untersucht werden. Nur eine wichtige Frage ist nicht zu umgehen: Ist der Besitz Rechtsausübung?

Die Beantwortung der Frage erscheint nach den eingehenden Erörterungen als nicht schwierig. Denn sie gipfelt offenbar in der Frage: Ist der Besitz Genuss? Ist er Genuss, dann gilt von ihm, was von jedem Lebensgenusse gilt. Dass nun der Besitz eine der wichtigsten Formen des Genusses der Lebensgüter ist, bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen. Folglich ist er, wenn ihm ein Recht zur Seite steht, er gesetzlich geschützt und normiert ist, eben Ausübung dieses Rechts. Man kann somit die Frage: „Ist der Besitz Rechtsausübung?“ mit Fug ebensowenig stellen wie die Frage: „Ist das Essen Rechtsausübung?“ Ebensowenig? Die Frage ist doch in ihrer Allgemeinheit allen Ernstes aufgeworfen und allen Ernstes bejaht worden. Wie kommt dies? Es hängt dies, wie mir scheint, damit zusammen, dass der Besitz eine der wichtigsten, ja man kann sagen, die Grundform des Genusses der Lebensgüter ist. Denn in der Regel muss ich, um mir einen Genuss zu verschaffen, das Gut haben und beherrschen. Um dieser hohen Bedeutung Willen

lässt die Rechtsordnung diesem Genuss fast immer einen, wenigstens provisorischen, Schutz angedeihen.

Der Schutz ist nur provisorisch, der Besitz daher nicht Recht. Freilich könnte man sagen, was Rechtsschutz geniesst, ist Recht. Das trifft aber hier nicht zu, weil der Schutz nur provisorisch ist, es sich keineswegs um eine endgültige Anerkennung als Recht handelt. Da aber immerhin durch den Besitzesschutz der Besitz etwas vom Recht abbekommen hat, so erklärt sich die Frage: „Ist es Rechtsausübung?“ Ich sage, sie erklärt sich so, innerlich begründet ist sie nicht, sowie man die Rechtsausübung in dem oben entwickelten Sinne auffasst. Dass es auf diese Auffassung ankommt, erkennt Windscheid, Pand. I § 149[6]. Er meint, dass nach seiner Definition (Geltendmachung des Willensinhalts als eines rechtlich anerkannten) der Besitz keine Ausübung des Eigentumsrechtes sei. Der Dieb z. B. besitzt, aber ohne den Besitzwillen als einen rechtlich anerkannten geltend zu machen, d. h. ohne ein Eigentumsrecht auszuüben. Damit schüttet Windscheid das Kind mit dem Bade aus und begeht genau denselben Fehler, welchen Thon mit seiner Ansicht über den Genuss der Kinder und Wahnsinnigen überhaupt begeht. Thon sagt, wie wir sahen: Weil manche Leute geniessen, ohne sich bewusst zu sein, dass dieser Genuss rechtlich geschützt und normiert ist, darum kann er nie, auch wo dies Bewusstsein vorhanden ist, Rechtsausübung sein. Ebenso sagt nun hier Windscheid: Weil es unzweifelhaft Fälle gibt, wo Jemand juristischen Besitz ohne Recht, ja sogar ohne Rechtsanmassung oder irrtümliche Rechtsannahme (welche letzteren nach obigen Ausführungen freilich noch keine Rechtsausübung begründen könnten) hat, daher kann der Besitz nie, auch da nicht, wo ihm ein subjektives Recht zur Seite steht, Rechtsausübung sein. Ich kann hier so wenig wie bei Thon die Folgerichtigkeit erkennen. Es ist kein bischen anders, als wenn

man sagen wollte: Weil es Töpfe gibt, in denen sich kein Fleisch befindet, kann derjenige, welcher Fleisch isst, damit niemals den Inhalt eines Topfes essen! Er kann nicht den wesentlichen, für den Begriff des Topfes charak-. teristischen, Inhalt essen; nur das ist richtig.

Die Gegenansicht lernten wir schon früher kennen. Ich wiederhole die o. S. 177 wiedergegebene Aeusserung Ungers: Wer eine Dienstbarkeit an einem Grundstück zu haben glaubt und daher über das fremde Grundstück geht, übt den Inhalt der Dienstbarkeit aus, obgleich ihm das Recht selbst nicht zusteht. Unger fügt hinzu: Diese fortgesetzte thatsächliche Ausübung des in einem (dinglichen) Rechte liegenden Rechtsstoffs, die der rechtlichen Herrschaft korrespondierende faktische Herrschaft über eine Sache, ist eben der Besitz. Der Besitz ist also nach Unger unter allen Umständen Rechtsausübung und dies ist nur konsequent, wenn er das Bewusstsein, dass der Inhalt des fraglichen Rechts ausgeübt werde, für genügend erachtet. Konsequent ist hiernach auch die schon früher als unzutreffend bezeichnete Auffassung Ungers, dass der Dieb im Besitze das Eigentumsrecht ausübe.

Die Quellen äussern sich über die vorliegende Frage nicht. Doch sagt Windscheid, Pand I § 149 N. 5: es ist jedoch zu bemerken, dass sie (die Quellen) den Rechtsbesitz als Ausübung des Rechts allerdings auffassen (l. 25 D. quemadm. serv. 8, 6, l. 7 D. de itin 43,19). Da ich meinerseits dies aus den Quellenstellen nicht herauslesen kann, so gehe ich näher auf sie ein.

l. 25 cit. ist oben S. 179 wiedergegeben. l. 7 cit. lautet: Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tam quam id suo jure faceret, sed, siprohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam eut hoc interdictum competat, jus fundi (offenbar verstümmelt aus undi, Ausg. v. Mommsen N. 1) possedisse oportet. Beide Stellen sagen, der pos-

sessorische Servitutenschutz habe zur Voraussetzung, dass der Ausübende ein eigenes ihm zustehendes Privatrecht geltend machen wolle (sonst nütze ihm das interdictum de itinere actuque nichts — inutile est, nec competit). Ebenso heisst es in l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43.20. Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum qui scit, se nullum jus habere et utitur. (Vgl. auch l. 1 § 6 D. 43.19.) Diese Stelle scheint also noch weiter zu gehen. Während die ersten Stellen offen lassen, ob auch guter Glaube erforderlich sei, wird dies hier ausdrücklich als weiteres Erforderniss hinzugefügt. Auch l. 1 § 10 D. de aqua cott. 43.20 sagt: Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit.

Was in diesen Stellen mit dürren Worten ausgesprochen ist, wird von der Lehre durchaus nicht unbeschränkt anerkannt.

Windscheid, Pand. I § 163 N. 6[3] sagt, für den Rechtsbesitz sei nicht erforderlich „der Wille, die eigene Herrschaft als Recht, als eine rechtlich begründete auszuüben.“ Denn auch der Sachbesitz erfordere nicht den Willen, die Herrschaft über die Sache als eine rechtlich begründete auszuüben. „Die ungenaue Ausdrucksweise in l. 25 cit. und l. 7 cit. erkläre sich leicht daraus, dass regelmässig der Wille, eine eigene Herrschaft auszuüben, mit dem Willen, ein eigenes Recht auszuüben, zusammenfallen wird.“ — Dies mag wohl sein; aber es berechtigt nicht zu der Annahme, dass Paulus in l. 25 cit. und Celsus in l. 7 cit. die doch ihre Worte abzuwägen pflegen, eine solche Ungenauigkeit begehen, und beide übereinstimmend; und Aristo sollte sich denselben, doch erheblichen Lapsus haben zu Schulden kommen lassen? So leicht befreit man sich offenbar nicht von diesen Quellenstellen. Wir müssen ihnen also näher treten.

In l. 7 cit. sagt Celsus: Es geht Jemand über ein fremdes Grundstück; aber es liegt ihm fern, damit ein

eigenes Privatrecht ausüben zu wollen; im Gegenteil, wenn man es ihm verwehren würde, ginge er gar nicht über das Grundstück. Einem solchen nützt das zum Schutze des Rechtsbesitzes gegebene Interdikt nichts; er hätte ein jus in re aliena ausgeübt haben müssen. Ist das nicht ein ganz natürlicher selbstverständlicher Satz! Dass nämlich demjenigen, der gar kein Recht ausüben will, der also gar keinen Rechtsschutz braucht, der Rechtsschutz versagt wird. Wer seinen Besitz geschützt sehen will, will dies regelmässig, weil er ein Recht dazu zu haben glaubt. Wer gar nicht behauptet: ich thue dies als Recht, nehme dies als Recht in Anspruch, den braucht und kann kein Gesetz schützen. Damit ist durchaus nicht gesagt, dass der Besitzesschutz nur dem gewährt wird, der das Recht darthut; dass dies nicht erforderlich sei, sprechen die Quellen auch mehrfach aus: l. 1 § 2 D. 43,9; l. 1 § 10 D. 43,20; l. 1 § 9 D. 43,21 u. a. m.[1]

Alle diese Stellen sagen nur, es komme nicht darauf an, dass das Recht dargethan werde, vielmehr soll schon der blosse Servitutenbesitzer die Interdikte haben. Aber, sagt das Gesetz, als solchen kann ich nur den anerkennen, der überhaupt ein Interesse am possessorischen Schutze hat; ein Interesse hat aber offenbar nur derjenige, der sich auf ein Recht steift. Wer das nicht thut, sagt: „Ich bin über dieses Grundstück gegangen; damit habe ich gar kein Privatrecht ausüben wollen; ich bitte aber doch um possessorischen Schutz. Demnächst wird sich im Petitorium herausstellen, dass ich doch ein Recht habe.“ Tableau!

Aber Windscheid schreckt der Gedanke, dass derjenige, welcher wegen Störung im Rechtsbesitze klagt, behaupten muss, „die behaupteten Handlungen seien unter der Behauptung der Rechtsbeständigkeit vorgenommen

1. Eine Ausnahme macht nur das interdictum de itinere actuque privato reficiendo l. 3 § 13 D. 43, 19.

worden.“ Jede Klage ohne diese Behauptung müsste alsdann zurückgewiesen werden. Windscheid hätte noch weiter gehen können: Auch wenn er diese Behauptung aufstelle, müsse er zurückgewiesen werden, wenn er nicht beweisen könne, dass er die betreffenden Handlungen unter Behauptung der Rechtszuständigkeit vorgenommen habe. — Die Sache ist aber nicht so gefährlich. Denn, wie schon erwähnt, ist im allgemeinen selbstverständlich, dass, wer klagt, ein Recht zu haben glaubt. Wer aber wegen Störung im Rechtsbesitze klagt, behauptet damit implicite, er habe die Besitzhandlung als ein ihm zustehendes Privatrecht vorgenommen.

Ob diese stillschweigende Behauptung vorliegt, ist aus den Umständen zu entnehmen und unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung. Was hat also das Gericht zu thun, wenn Jemand klagt mit der Behauptung: 1. er habe bei jenen Besitzhandlungen den Willen gehabt, eine Herrschaft über die Sache auszuüben, 2. er habe auch eine eigene Herrschaft über die Sache ausüben wollen? Soll das Gericht, weil nach Windscheid die Voraussetzungen des Rechtsbesitzes vorliegen, den Kläger schützen? Nein, es hat ihn zurückzuweisen, falls nicht behauptet wird oder aus der Klage unzweideutig hervorgeht, dass er jene Besitzhandlungen hat als Recht vornehmen wollen.

Wie wir sahen, erkennt Windscheid dies Erfordernis vor allem deswegen nicht an, weil auch der Sachbesitz nicht den Willen, die eigene Herrschaft als eine rechtlich begründete auszuüben, erfordere. Aber das ist eben der Fehlschluss. Rechtsbesitz ist nun eben einmal nicht Sachbesitz. Dieser ist die Herrschaft über eine Sache mit dem Willen, sie zu beherrschen; dass man die Herrschaft als eine rechtlich begründete ausübe, ist allerdings nicht erfordert. Anders der Rechtsbesitz. Er ist der Besitz eines Rechtes, also die Herrschaft über ein Recht, mit dem Willen, die Herrschaft über ein Recht auszuüben. Darin

liegt der Unterschied vom Sachbesitz, und dies allein ist es, was die oben angeführten Stellen sagen, was auch durchaus zutreffend ist. Wer leugnet, das der Rechtsbesitzer den Willen haben müsse, ein Recht zu beherrschen, der mag nur folgerichtig auch leugnen, dass der Sachbesitzer den Willen, eine Sache zu beherrschen, haben müsse. Die Auffassung, dass der Rechtsbesitz lediglich eine Herrschaft über die Sache sei, ist jedoch eine ganz allgemeine.[1] Gewiss, wenn das Recht auf Beherrschung einer Sache lautet, dann übt der Rechtsbesitzer mit der Beherrschung des Rechts auch eine Herrschaft über die Sache aus, aber nur unmittelbar. Es ist also unrichtig, den Gegensatz so zu fassen: Der Sachbesitz ergreift eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, der Rechtsbesitz nur im einzelnen. Beides ist richtig, trifft aber nicht das Wesen des Unterschieds. Wer über ein Grundstück geht, übt eine Herrschaft über dasselbe aus. Was ist das? Ein Sachbesitz gewiss nicht. Aber der Gehende will eine eigene Herrschaft über die Sache wenigstens hinsichtlich dieses Gehens ausüben. Also hat er Rechtsbesitz? Doch nicht. Wo steckt denn das Recht? Offenbar genügen jene

---

1. Vgl. Windscheid § 163 Anm. 6. Savigny, Recht des Besitzes, 4. Aufl. erkennt zwar auf Grund der Quellen an, dass der Rechtsbesitz als Recht ausgeübt werden müsse, jedoch meint auch er S. 446: Die zweite dieser Bedingungen (animus) ist bei allen diesen Rechten ganz auf dieselbe Weise wie bei dem Besitze selbst zu bestimmen. — Arndts, Pand. § 187 führt aus: Es sei erforderlich der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, ebensowenig wesentlich sei wie bei dem Eigentumsbesitz die Meinung, Eigentümer zu sein. Auch hier wird übersehen, dass das Korrelat zum Rechte beim Rechtsbesitz beim Sachbesitz nicht das Eigentum, sondern die Sache ist. S. die näheren Nachweisungen über die Ansichten für und wider bei Windscheid a. a. O. a. E.

Momente nicht zum Rechtsbesitz.[1] Der Gehende muss ein Recht beherrschen, das Gehen als Recht in Anspruch nehmen wollen. Damit ist keineswegs gesagt, dass der Uebende das Gehen nicht auch in bösem Glauben als Recht in Anspruch nehmen kann. Auf den guten oder bösen Glauben kommt es gar nicht an; insbesondere will auch die l. 25 D. 8. 6 mit den Worten: qui suo jure uti se credidit keineswegs das Erfordernis des guten Glaubens aufstellen.[2]

Also: Sachbesitz und Rechtsbesitz erfordern Herrschaft und Willen; jener die Herrschaft über eine Sache, dieser nicht ausserdem sondern stattdem die Herrschaft über ein Recht.[3]

Wenn nun die Quellen diesen Satz, dass zum Rechtsbesitz der Wille gehöre, die Herrschaft über ein Recht geltend zu machen, aussprechen, so sagen sie dies in dem Sinne, in welchem sie an anderen Stellen erklären, zum Sachbesitz gehöre der Wille, die Herrschaft über eine

1. So auch v. Seckendorff, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 4 S. 92, welcher freilich lediglich meint, es trete zu der Inanspruchnahme als Recht als ferneres Moment der Sachbesitz hinzu. So auch Busch, das. Bd. 31 S. 250 und Herwart in Lindes Zeitschr. Bd. 12 S. 190 ff. Auch Elvers, die römische Servitutenlehre § 62 erfordert Ausübung mit dem Willen, ein Recht auszuüben; jedoch vermisse ich auch bei ihm den Hinweis auf den Fundamentalgegensatz. — Ders. Ans. auch David „über das Willensmoment bei dem Besitzerwerbe von Rechten", in d. allg. österr. Gr. Zt. N. 76—78 S. 301—310.

2. So auch Savigny a. a. O. S. 453 N. 3. Mit Recht tadelt Dernburg, Pand. § 190 Anm. 6 die ungenaue Ausdrucksweise der Stelle.

3. Das B. G. B. kennt den Rechtsbesitz überhaupt nicht. Es erwähnt ihn nicht und kennt keinen Servitutenerwerb durch Ersitzung (d. h. durch andauernden Rechtsbesitz); es verlangt vielmehr in § 873 zur Entstehung einer Dienstbarkeit die Eintragung ins Grundbuch.

Sache geltend zu machen. Windscheid liest jedoch aus jenen Quellenstellen heraus, dass sie den Rechtsbesitz als Rechtsausübung bezeichnen, während sie dies vom Sachbesitz nicht sagen. Das ist aber doch nicht aus den Quellen zu lesen. Sie sagen: Rechtsbesitz besteht nur da, wo die Herrschaft über ein Recht gewollt ist. Also: der thatsächliche faktische Genuss, das ire, agere u. s. f., d. h. der Genuss alles dessen, was Inhalt eines Rechts nur sein kann, wird vom Rechte nicht geschützt, vielmehr muss dies ire, agere als Recht gewollt sein. Aber, und dies ist nun die Hauptsache, nur dann, wenn jene Handlungen (ire, agere u. s. f.) Recht sind, kann nach unseren obigen Ausführungen von einer Rechtsausübung die Rede sein; nie und nimmermehr können die Quellen von einer Rechtsausübung sprechen, wenn die Frage des Rechts selbst ganz dahingestellt ist, wie dies beim Rechtsbesitze der Fall ist. Von einem Rechte steht in den Quellen nichts; sie handeln nur davon, ob der über das Grundstück Gehende ein Recht haben will. Somit können die Quellen die Frage: „Ist der Rechtsbesitz Rechtsausübung?" gar nicht erörtern, und noch weniger können sie eine bejahende Antwort darauf geben. Die Frage wäre so sinnlos wie die allgemeine Frage: „Ist der Besitz Rechtsausübung?", die, wie wir sahen, nicht besser ist als die Frage: „Ist Essen und Trinken Rechtsausübung?"

Ich schliesse hiermit die Erörterung über den Besitz als Rechtsausübung.

Unter die bestrittenen Punkte der Rechtsausübung fällt fernerhin folgende Frage: Können Forderungsrechte auch in anderer Form als durch ihre gerichtliche Geltendmachung „ausgeübt" werden? Sintenis a. a. O. S. 233 f. sieht die Ausübung eines Forderungsrechts einzig und allein in seiner Erzwingung. Er bestreitet, dass im Zustande des Rechtsfriedens, also wenn der Schuldner leistet und der Gläubiger annimmt, der letztere sein Obligationenrecht

ausübe. Sintenis sagt wörtlich: „Die Annahme der Leistung ist keine Ausübung des Obligationenrechts, sondern eine dadurch mögliche Thatsache, dass der Schuldner jene (die Leistung) gewährt, und man kann nur sagen, dass sie (die Annahme) kraft desselben, d. h. des Obligationenrechts, geschehen sei, wenn dieses später in Frage komme." Ferner: „In diesem Falle erlischt dann das Rechtsverhältnis ohne alle Aeusserung des Willens als solchen, die Erfüllung ist demselben zuvorgekommen, sodass er (der rechtliche Wille) seine Erledigung fand." — Diese Auffassung ist unnatürlich, gekünstelt. Gegen sie ist Folgendes zu bemerken: „Ausübung des Obligationenrechts" und Sintenis' „durch Leistungsgewährung ermöglichte Annahme" sind doch keine Gegensätze. Denn es fragt sich eben, ob die Annahme Ausübung ist, und dass die Annahme durch die Leistungsgewährung ermöglicht wird, ist weder zu bestreiten noch von Einfluss auf die Frage. Denn was nützt dem Gläubiger die Gewährung, wenn er nicht zur Annahme auch berechtigt ist? Nur weil der Gläubiger zur Annahme berechtigt ist, leistet doch der Schuldner an ihn und geht in Folge dessen durch Tilgung die Obligation unter. Leistet der Schuldner an den Nicht-Berechtigten, so erlischt ja die Obligation gar nicht (§ 262 B. G. B.). Die Annahme ist also keineswegs ein blosses fait accompli, das sein Dasein von „der Leistungsgewährung" fristet, sondern ist eine auf Grund eines Rechts vorgenommene Handlung, von der man nichts weniger sagen kann als was Sintenis sagt: „sie enthält keine Aeusserung des rechtlichen Willens als solchen, die Erfüllung ist demselben zuvorgekommen." Besonders auch dieses letzte ist unrichtig; denn die Erfüllung vollzieht sich durch die Leistung, welche ihrerseits Annahme fordert.

Wir sahen, dass jede auf Begründung eines Rechts gerichtete Handlung noch keine Ausübung dieses Rechts enthält. Schwieriger ist die Frage, ob in der Entäusserung

13

und Uebertragung von Rechten an einer Sache eine Ausübung dieses Rechts zu erblicken ist. Die Frage ist bestritten.[1]

Arndts führt in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. III, S. 371 N. 10 aus: „In der Uebertragung von Rechten an der Sache, sowie in der vollständigen Veräusserung derselben ist keine Ausübung, sondern nur eine teilweise oder gänzliche Entäusserung des Eigentumsinhalts enthalten. Das Aufgeben eines Rechts ist nicht Ausübung desselben." Der letzte Satz hat zum mindesten den Schein für sich, und offenbar kann man über die Sache streiten. Unger, System S. 613 verteidigt Arndts' Ansicht, indem er sagt: „In der Veräusserung der Sache liegt nicht eine Geltendmachung des Eigentumsinhalts, derselbe wird vielmehr vollständig und ungeschmälert auf den Empfänger übertragen." Mit Recht bemerkt Böcking, Pand. I, § 128, dass die Arndtssche Ansicht es unterlasse (und dasselbe gilt von Unger), zu bestimmen, zu welcher Art der rechtlichen Beherrschung der Objekte durch das Subjekt das Aufgeben gehöre, und Arndts wolle doch gewiss nicht, dass man ein Recht, das man nicht habe, alienieren könne." Diese Einwendungen Böckings hält wiederum Unger für nicht stichhaltig (aus seinen oben genannten Gründen). In der That nötigt die Arndtssche Auffassung durchaus nicht dazu, von der Veräusserung eines Rechts, das man nicht habe, zu sprechen. Arndts selbst spricht von der Veräusserung eines Rechts, das man hat. Dagegen scheint mir der andere Einwand Böckings doch recht angebracht, dass nämlich Arndts es unterlässt, zu sagen, als was sich denn eigentlich die ganze oder teilweise Veräusserung eines Rechts darstelle.

---

1. Dernburg, Pand. bejaht die Frage, indem er — gelegentlich — § 145 sagt: „Aber ist nicht auch die Cession der Forderung Ausübung des Rechts?"

Für Arndts spricht — und dies hat insbesondere Unger im Auge, dass der Veräussernde, möge er nun das ganze Recht veräussern oder einem anderen nur ein Recht an seiner Sache einräumen, den unmittelbaren Genuss, den ökonomischen Vorteil, beispielsweise des Eigentumsrechts, nicht für sich haben will, sondern ihn im Gegenteil los wird. Wer ein Pferd verkauft, will dessen natürlichen ökonomischen Wert, das Ziehen, Reiten u. s. f. nicht für sich verwerten. Er will vielmehr diesen Wert, den ich eben den natürlichen genannt habe, in einen anderen, den Marktwert, umtauschen, in Geld. Dieser Vorteil scheint ihm nun aber offenbar das Eigentumsrecht am Pferde zu verschaffen. Man sollte also meinen, dass der Eigentümer des Pferdes, wenn er es verkauft, sein Eigentumsrecht ausübe. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Erinnern wir uns der Definition, die wir für den Begriff der Rechtsausübung formuliert haben: Jemand übt sein Recht aus, indem er den seinem Rechte entsprechenden Zustand verwirklicht. Darauf also kommt es an, dass der dem Rechte entsprechende Zustand verwirklicht wird; dies ist der springende Punkt. Es fragt sich also: Welcher Zustand entspricht dem fraglichen Rechte? oder: Ist die fragliche Thätigkeit die vom Recht geschützte und normierte? Wird durch die fragliche Handlung ein Zustand geschaffen, wie er von dem objektiven Rechte bezweckt ist? Vollziehe ich, wenn ich mein Pferd verkaufe, hiermit eine Handlung, welche von den Rechtssätzen betr. das Eigentum geschützt und normiert ist? Ist ferner, wenn ich für das Pferd Geld erhalte, damit für mich ein Lebensgut erworben, ein Zustand geschaffen, welcher als der Zweck der Rechtssätze über das Eigentumsrecht an meinem Pferde auszusehen ist? Sämtliche Fragen sind mit „nein“ zu beantworten. Zwar könnte man zunächst einwenden: Der Kaufmann kauft doch seine Ware nur zu dem Zwecke der Weiterveräusserung, erwirbt das Eigentumsrecht nur zu diesem Zwecke: übt er,

wenn er weiter veräussert, wirklich nicht sein Eigentumsrecht aus? Und ebenso der Grundstücksspekulant? Wird nicht in diesen Fällen mit der Veräusserung gerade diejenige Handlung vorgenommen, um derentwillen das Eigentumsrecht erworben ist? — Auch diese Fragen sind zu verneinen. Der Eigentümer hat zwar ein Recht, zu veräussern, aber es ist nicht sein Eigentumsrecht, das er ausübt.

Wenn wir sagen, wer ein Eigentumsrecht an einer Sache oder ein Forderungsrecht hat, hat das Recht, dieses Recht auf eine andere Person zu übertragen, so wird damit äusserlich kenntlich, dass das Veräusserungsrecht, wenngleich offenbar ein subjektives Recht, dennoch ein von dem veräusserten subjektiven Rechte verschiedenes Recht ist. Dies erkennt Windscheid, Pand. I § 37 an. Allein mit seiner Erklärung, der Wille des Berechtigten sei massgebend für die Entstehung des veräusserten Rechts bei einer anderen Person, wird der Begriff nur umschrieben, aber nicht erklärt. Die Erklärung ist darin zu finden, dass die Rechtssätze, welche die Veräusserung zur Rechtsausübung machen, die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, dass ein Subjekt mit seinem Rechte grundsätzlich machen kann, was ihm beliebt, es veräussern, behalten, verzichten kann. Veräusserung, Verzicht u. s. f. sind somit allerdings Rechtsausübungen, aber nicht Ausübungen der einzelnen veräusserten u. s. f. Rechte, nicht Ausübung des Eigentumsrechts, des Forderungsrechts, sondern Ausübungen des Veräusserungs- und Verzichtsrechts. Man kann diese die allgemeinen, jene die besonderen subjektiven Rechte nennen. — Für uns ist nunmehr die Frage, ob im § 226 B. G. B. unter „Ausübung eines Rechts" auch die sog. allgemeinen subjektiven Rechte begriffen sind. Man könnte die Frage ohne weiteres bejahen, da sie subjektive Rechte so gut wie die besonderen sind und der § 226 nicht unterscheidet. Dennoch möchte ich die Frage verneinen. Denn einmal:

wie hätte sich der Gesetzgeber ausdrücken sollen, wenn er den § 226 auf die besonderen subjektiven Rechte beschränken wollte? Die erheblichsten Gründe sind praktischer Natur: Wohin soll es führen, wenn mir Jemand den Prozess machen kann, weil ich mein Forderungsrecht aus Chikane abgetreten, mein Grundstück aus Chikane verkauft, zur Chikane auf ein Recht verzichtet habe? Man kann freilich die ganze Frage schon für dadurch erledigt erachten, dass man sagt, es werde sich von dergleichen Handlungen nie behaupten lassen, dass sie nur den Zweck haben können, einem anderen Schaden zuzufügen.

Die Auffassung, dass in der Veräusserung eine Ausübung des veräusserten Rechts enthalten sei, findet sich immerhin bei einzelnen Schriftstellern, so bei Bekker, Pand. I S. 68, der sie eine Art der Ausübung nennt, die Befugnis zu derselben heisse Verfügung.

Auch Böcking, Pand. § 128 unterscheidet hinsichtlich der Rechtsausübung: Einfache Ausübung (Gebrauch), bei welcher das Recht selbst fortdauere, und Veräusserung (Aufzehrung, Consumption). Abgesehen davon, dass die Veräusserung als Ausübung des veräusserten Rechts bezeichnet wird, ist Folgendes zu tadeln. Böcking macht diese Unterscheidung sowohl für dingliche wie für obligatorische Rechte. Aber sie trifft nicht einmal für dingliche Rechte zu. Wenn ich meinen Kuchen esse, so ist der normale Gebrauch offenbar eine „einfache Ausübung“; das Recht selbst dauert aber nicht fort. — Ferner passt die Unterscheidung nicht für obligatorische Rechte. Nach unserer Auffassung liegt in der Leistungsannahme eine Ausübung des Forderungsrechts, und zwar eine einfache, und dennoch erlischt die Obligation; erfolgt die Tilgung ratenweise, so wird die Teilobligation aufgezehrt. Andererseits wird Böcking nicht behaupten wollen, dass in diesen Fällen der „Aufzehrung, Consumption“ des Rechts eine Veräusserung desselben vorliege.

Hiermit schliessen wir die Erörterung über den Begriff der Rechtsausübung und wenden uns im Folgenden der Frage zu, wie sich der Kampf gegen die Chikane auf Grund des § 226 B. G. B. gestaltet.

---

§ 13.
Die Anwendung des § 226.

Soweit es sich um eine auf Grund des § 226 unzulässige Rechtsausübung im Wege der gerichtlichen Geltendmachung handelt, kann sie der Gegner einredeweise abwenden, soweit die chikanöse Rechtsausübung in aussergerichtlichem Handeln zu Tage tritt, steht dem Benachteiligten selbst die Klage gegen den Chikanierenden zu. Dieser Inhalt kann sich auf das verschiedenste gestalten, je nach der Art des Schadens. Die Klage wird insbesondere auf Beseitigung und Androhung künftiger Unterlassung der chikanösen Veranstaltungen gerichtet sein. Am wichtigsten ist die Frage nach dem Schadensersatze. Wir sahen bereits oben, dass § 823 Anwendung findet, da die chikanöse Handlung widerrechtlich im Sinne des § 823 ist. Soweit also durch die chikanöse Handlung eines der im § 823 erwähnten Rechtsgüter vorsätzlich[1] verletzt ist, tritt die Schadensersatzpflicht ein. Dabei ist der Abs. 2 des § 823 in seiner nicht gerade glücklichen Fassung insofern massgebend, als nur derjenige vom Chikanierenden Schadensersatz verlangen kann, gegen

1. Dass § 226 von vorsätzlichem Handeln spricht, ist klar; denn er fordert als Begriffsmerkmal sogar mehr: Der Schaden muss bezweckt, also nicht nur vorsätzlich (d. h. durch bewusstes Handeln mit der Möglichkeit der Ueberblickung des Schadens) hervorgerufen, sondern durch Absicht (d. h. bewusstes Handeln mit Wollen der Folgen) veranlasst worden sein,

welchen die Chikane gerichtet war, nicht auch derjenige, welcher gleichzeitig zu Schaden gekommen ist, dessen Schaden aber durchaus nicht gewollt war.

Es ist ferner die Frage, in welchem Verhältnisse die §§ 226 und 826 zu einander stehen.[1]

§ 826 bestimmt in seiner jetzigen Fassung: Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. — Die Entstehungsgeschichte sowie die Fassung dieses Paragraphen lässt nicht zweifelhaft, dass er sowohl Handlungen, die auf der allgemeinen Freiheit beruhen, als auch solche, die auf Grund eines besonderen Rechtes vorgenommen werden, betrifft. Es kann hiernach auch keinem Zweifel unterliegen, dass nach § 826 eine Pflicht zum Schadensersatz für chikanöse Rechtsausübung begründet wird, da man diese unbedenklich als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnen kann. Jedoch ist zu beachten, dass alsdann § 826 jede chikanöse Rechtsausübung für zu Schadensersatz verpflichtend erklären würde, während § 226, wie wir sahen, die chikanöse Rechtsausübung nur in beschränktem Masse für unzulässig erklärt. Hierin läge offenbar ein Widerspruch. Denn jede Chikane wäre eine unerlaubte Handlung im technischen Sinne des B. G. B. und würde als solche zu Schadensersatz verpflichten, aber nicht jede wäre unzulässig im Sinne des § 226. Was zu Schadensersatz verpflichtet, ist aber offenbar unzulässig. Man wird daher annehmen müssen, dass die Chikane, nachdem das B. G. B. sich mit ihr speziell befasst hat, nur dann gegen die guten Sitten verstösst, wenn sie nach § 226 unzulässig ist. Thatsächlich ist es nun durchaus einerlei, ob man die Schadensersatzpflicht wegen chikanöser Rechtsausübung aus § 823 oder aus § 826 herleitet. Ein einheitliches System ist jedenfalls in Folge der

1. Vgl. Planck, Comt. zu § 226.

Entwicklung des § 826 und der nachträglichen Einschaltung des § 226 nicht erreicht. Da § 823 völlig genügt, um eine gesetzliche Verpflichtung zu Schadensersatz wegen chikanöser Rechtsausübung zu begründen, so ist es besser, § 826 ganz aus dem Spiele zu lassen und in ihm lediglich eine Handhabe gegen Handlungen zu erblicken, die nicht auf Grund eines besonderen Rechtes vorgenommen sind. Dies entspricht zwar, wie wir sahen, nicht der Entstehungsgeschichte des § 826. Aber es bringt die Beseitigung jenes Widerspruchs. Für diese Behandlung spricht auch, dass § 826 offenbar Handlungen treffen will, die an sich nicht widerrechtlich sind, schädigende Handlungen, denen nur von der Seite ihres Verstosses gegen die guten Sitten beizukommen ist. Dies trifft für die chikanöse Rechtsausübung, welche als widerrechtlich anzusehen ist, nicht zu. Aus diesen Gründen scheint es mir zweckmässig, den § 826 für die chikanöse Rechtsausübung gar nicht in Betracht zu ziehen.

Die ganze Frage ist jedoch bereits bestritten. Plank, Comm. will (S. 279) den § 826 auf die Chikane soweit anwenden, als diese nach § 226 unzulässig ist. Warum aber die chikanöse Rechtsausübung aus dem § 823 sowie aus § 826 zu Schadensersatz verpflichten soll, ist nicht ersichtlich.

Neumann, Handausgabe des B. G. B, 1898 S. 394 N. 6 meint, die Schadensersatzpflicht aus § 226 könne auch dann eintreten, wenn die Rechtsausübung zwar auch einen anderen Zweck als den der Schadenszufügung haben könne, aber dennoch gegen die guten Sitten verstosse. Das ist ein sonderbarer Trugschluss. Denn wenn die Rechtsausübung einen anderen Zweck haben kann, dann liegt eben keine nach § 226 unzulässige Chikane vor. Wenn sie in der That einen anderen Zweck hat, dann gründet sich ein etwaiger Verstoss gegen die guten Sitten offenbar nicht auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs. Die

Handlung verpflichtet alsdann nach § 826 zu Schadensersatz und hat mit der Chikane und dem § 226 nichts zu thun. Ist die Handlung dagegen der Art, dass sie zwar chikanös ist, aber nicht bloss den Zweck der Schadenszufügung haben kann, also nicht unter § 226 fällt, dann würde, wollte man sie aus § 826 ahnden, jener unerquickliche Zwiespalt bestehen.

Es ist schliesslich noch mit einem Worte auf den Begriff des Schadens hinzuweisen. Er ist auf dem Gebiete des Vermögensrechts der seit Alters hergebrachte, im weiten Sinne zu verstehen und sowohl positiven Schaden wie entgangenen Gewinn umfassend. Dabei umfasst er nicht nur solchen Schaden, der sich in Vermögenswert ausdrückt, sondern jede wirtschaftliche Benachteiligung. In einem noch weiteren Sinne ist der Begriff auf dem Gebiete des Familienrechts aufzufassen. Jedoch wird man sich hüten müssen, den Begriff allzuweit zu fassen. Die Grenze zu ziehen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Blosses Unbehagen, geringe Unannehmlichkeiten wird man kaum als Schaden ansehen können.

Es ist hierbei zu beachten, dass in vielen Fällen die Anwendung des § 226 deswegen als ausgeschlossen erachtet werden muss, weil der Geschädigte in den Schaden eingewilligt hat, indem er dem Berechtigten durch die Einräumung des Rechts schon eine völlige Willkür in dessen Handhabung anheim gestellt hat, sodass jeder Einwand der chikanösen Rechtsausübung für ausgeschlossen gelten muss Wenn mir z. B. irgend ein Wahlrecht eingeräumt ist, sei es, dass ich ein Recht wahlweise ausüben darf, oder das Recht habe, zwischen mehreren Verpflichtungen zu wählen, dann scheint es mir in der Sache zu liegen, dass eine Ausübung des Wahlrechts als solchen aus Chikane nie unzulässig sein kann, wenngleich zuzugeben ist, dass eine chikanöse Ausübung an sich wohl denkbar ist. Wer z. B. die Wahl hat, sich nach Belieben an einen von zwei

Schuldnern zu halten, kann möglicherweise gerade den einen in Anspruch nehmen, nur, um ihm einen Schaden zuzufügen. Natürlich kann man nicht sagen, dass das Forderungsrecht selbst zur Chikane ausgeübt wird, wohl aber übt der Berechtigte sein Wahlrecht nicht in seinem Interesse (etwa weil der in Anspruch genommene sicherer ist) aus. Aber immerhin ist hierin eine unzulässige Chikane deshalb nicht zu erblicken, weil der Verpflichtete ausdrücklich eingewilligt hat, dass der Berechtigte sich nach Belieben an einen der Schuldner halte.

Es ist sehr schwer, vorauszusagen, in welcher Weise und in welchem Masse der § 226 auf das Rechtsleben wirken wird; erst die Praxis wird es ergeben. Auf manche in dieser Hinsicht erhebliche Punkte wurde im Laufe der Darstellung hingewiesen. Da der § 226 für alle Rechte gilt, so ist zunächst zu bemerken, dass seine Bedeutung sich verschieden gestalten wird, je nachdem die Rechte im subjektiven Sinne dem Thun des Berechtigten ein weites Feld eröffnen oder nicht. In dieser Hinsicht bieten die dinglichen Rechte der Chikane einen weiteren Raum als die persönlichen, weil sich hier fast regelmässig das Recht und die Ausübung decken. Habe ich ein Forderungsrecht auf 100, so übe ich dies Recht aus, wenn ich sie annehme. Habe ich dagegen ein Eigentumsrecht an einem Grundstücke, so sagt dies Recht über seine Ausübung nichts aus. Die notwendige Folge wird sein, dass chikanöse Ausübungen der dinglichen Rechte unendlich häufiger sein werden als solche obligatorischer Rechte. Gleichwohl werden, wie mit Recht Planck a. a. O. S. 229 hervorhebt, Schuldner nur allzu leicht bei ihren Gläubigern Chikane annehmen. Denn der Druck der persönlichen Rechte lastet naturgemäss immer stärker auf dem Verpflichteten als der Nachteil, den man durch denjenigen erfährt, welcher ein

dingliches Recht ausübt. Man wird aber nie ausser Acht lassen dürfen, dass dieser Druck auf den Schuldner der Inhalt des persönlichen Rechtes ist. — Dass der § 226 auf dem Gebiete des Familienrechts eine grosse Rolle spielen werde, ist kaum anzunehmen. Denn gerade hier ist es, wie wir gesehen haben, dem Gesetzgeber gelungen, die Rechte selbst so einzuschränken, dass für eine chikanöse Ausübung derselben nur wenig Raum übrig bleiben dürfte. — Selbstverständlich gilt § 226 auch für das Erbrecht. Er wird auch hier keine grosse Rolle spielen, zum Teil deshalb, weil auch hier die Rechte selbst eine thunliche Einschränkung erfahren haben, zum Teil, weil der Kern des Erbrechts, die Befugnis sich Erben zu ernennen, ein erhebliches Mass von Willkür gestattet. Wer eine ihm durchaus gleichgültige Person, nur um den Fiskus zu benachteiligen, zum Erben einsetzt, kann nie damit etwas unzulässiges begehen. Diese völlige Willkür ist das Recht des Erblassers.

Inhalt.

Die gesamte benutzte Litteratur ist im Laufe der Darstellung citiert.

Die Citate beziehen sich, soweit nicht Besonderes bemerkt ist, auf die letzte Auflage.

Den Quellen liegt die Mommsensche Digestenausgabe zu Grunde.

Druckfehlerberichtigung.

S. 81, Anm. 2 und S. 82 Z. 7 v. o. ist statt „Konjunktur" zu lesen „Konjektur".

Druck von E. Ebering, Berlin NW., Mittelstrasse 29.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft IV.

Der Anspruch des Gläubigers auf die Vorteile, die der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches). Von Dr. Kurt Podewils.



Berlin 1900.

Der Anspruch des Gläubigers

auf die Vorteile, die der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat oder hätte ziehen können

(unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches).

Von

Dr. Kurt Podewils.



Berlin 1900.
Verlag von E. Ebering.

Diese Arbeit wurde am 3. August 1898 von der juristischen Fakultät zu Berlin mit dem Königlichen Preise gekrönt.

Meiner lieben Tante

Frau Ottilie Böhm

in Crossen a. O.

zugeeignet.

Einleitung.

Geschichtliche Vorbemerkung.

Die Frage nach den Vorteilen, welche der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat, sagen wir kurz, nach dem lucrum perceptum[1] hinsichtlich des Anspruches des Gläubigers auf dasselbe ist zuerst ausführlich von Ihering untersucht worden, in seiner Abhandlung „In wieweit muss der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?"[2] Weiter finden wir genaue Erörterungen darüber, unter Richtigstellung einiger wesentlicher Irrtümer Iherings, bei Mommsen, gelegentlich einer anderen Untersuchung, nämlich, ob und in wiefern der Satz richtig sei „commodum eius esse debet, cuius periculum est."[3] Ex professo jedoch ist die Lehre nicht wieder behandelt worden, wie die Lehre von den Vorteilen, welche der Schuldner aus der geschuldeten Sache hätte ziehen können, vom lucrum percipiendum, überhaupt noch nicht.

---

1. Zur Bildung dieses, nichtquellengemässen Ausdrucks, sowie des später zu gebrauchenden „lucrum percipiendum" berechtigt uns die Analogie von „fructus percepti" und „fr. percipiendi". Allerdings hat hier Heimbach (Lehre von der Frucht) behauptet, dass unter „percipere" nur der naturale Akt des Einheimsens der Früchte zu verstehen sei; allein er hat damit keinen Anklang gefunden.

2. Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht, Abh. 1, Leipzig 1844.

3. Friedr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 1. Heft (Erört. über d. Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est). Braunschw. 1859.

Erster Teil.

Das lucrum perceptum.

§ 1.

Gegenstand des Anspruches. (Reinertrag.)

Bevor wir in die Behandlung des Anspruches des Gläubigers auf die Vorteile, welche der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat, eingehen, müssen wir erst den Gegenstand dieses Anspruches genauer bestimmen, d. h. wir müssen eine Erörterung darüber anstellen, was man eigentlich unter „gezogenen Vorteilen" versteht.

In den Quellen selbst finden wir bezüglich dieses Punktes direkte Auskunft nur hinsichtlich der Früchte, und zwar, wie wir gleich vorwegnehmen wollen, dahin, dass den Gegenstand eines Anspruches auf dieselben der Reinertrag bildet, d. h. das in Geld geschätzte Einkommen aus ihnen, nach Abzug aller Impensen. Demgemäss wollen wir drei Abschnitte machen und zuerst den Satz zu begründen versuchen, dass dort, wo der Schuldner dem Gläubiger „Früchte" zu leisten hat, diese fructus deductis impensis intelliguntur, sodann[1] wollen wir zusehen, welche Impensen vom Bruttoertrage abgezogen werden; und endlich[2] werden wir zu untersuchen haben, ob die Grundsätze, welche uns die Quellen für die Früchte liefern, für alle von dem Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogenen und dem Gläubiger zu prästierenden Vorteile Geltung haben.

1. S. 12 fg.
2. S. 19 fg.

1. Der Ausdruck „fructus" ist ebenso wie der deutsche „Früchte" einzig sprachlich betrachtet doppelsinnig, er kann zwei Begriffe bedeuten, die völlig von einander verschieden sind, nämlich einmal den konkreten Begriff der Früchte, die der Verpflichtete rein thatsächlich gezogen hat, sodann aber, im abstrakten Sinne, dasjenige, um was er durch diese Thatsache reicher geworden ist, also das Plus, das er dadurch in seinem Vermögen hat, m. a. W. den Reinertrag.[1] Auch in den Quellen finden sich beide Bedeutungen. Aber überall, wo es sich darum handelt, „Früchte" einem anderen zu ersetzen, ist nicht die erstere, sondern die zweite Bedeutung, also der Nettogewinn gemeint. So heisst es in l. 51 pr. D. fam. erc. 10,2 für das Präceptionslegat und alle nach Analogie desselben zu behandelnden Fälle:

> fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum; qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.

Von der Auflösung der Gemeinschaft sagt l. 38 § 14 D. de usuris 22,1:

> item, si dividere fundum tecum velim, tu nolis, et colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum? et puto dividendos.

Bei der alienatio in fraudem creditorum können die Gläubiger nach l. 10 § 19, 20 D. quae in fraud. 42,8 in der actio Pauliana auch die Früchte verlangen, aber:

> cum aliquo modo, scilicet, ut sumptus facti deducantur.

1. Vgl. Petrażycki, Lehre vom Einkommen, Bd. I § 14. Nach ihm Dernburg, Pand. Bd. I S. 182 (§ 78).

l. 10 § 9 D. mandati 17,1 handelt vom procurator:

et sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.

Bei der condictio indebiti kann der Restituent ebenfalls von den Früchten die Impensen abziehen, l. 65 § 5 D. de cond. ind. 12,6:

ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa.

Die bisher angeführten Stellen hatten gesagt, dass der Schuldner von den Früchten die Impensen abrechnen könne. Es war also unter „Frucht" hier immer noch der konkrete Begriff verstanden und nur als der schliessliche Inhalt der Leistung (als das Resultat nach dem genannten Abzug) der Reinertrag angegeben. Doch es finden sich auch Stellen, in denen geradezu gesagt wird, dass der Ausdruck „Früchte" als „Reinertrag" zu verstehen sei. Hierher gehört l. 7 pr. D. sol. matr. 24,3:

fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt. quod Scaevola et ad mariti et ad mulieris impensas refert; ... et impensas, quae antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt.

Hiernach ist nicht einmal notwendig, dass der Schuldner den Aufwand selbst gemacht hat, es genügt, dass er abzuziehen ist.

Auch bei der hereditatis petitio heisst es in l. 36 § 5 D. de hered. pet. 5,3:

fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt.

So weit die Entscheidungen, welche die Juristen in Hinsicht anf bestimmte Klagen gefällt haben. Zweifellos dürfen wir ihnen das allgemeine Prinzip entnehmen. Hierfür spricht schon die Zahl der Entscheidungen, welche die verschiedensten Klagen betreffen. Aber zum Ueber-

fluss ist in einigen Stellen der Satz ohne Beziehung auf einen bestimmten Fall ausgesprochen:

l. 46 D. de usuris 22,1:

quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere.

l. 1 C. de fruct. 7,51:

hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest.

l. 6 § 3 D. de op. serv. 7,7:

ceterum deductis necessariis impensis fiet aestmatio.

Am meisten aber spricht l. 4 eod. dafür, welche die Früchte behandelt, die in den operae eines Sklaven bestehen:

et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operis servorum.

2. Nunmehr wollen wir uns fragen, welche Impensen der Schuldner vom Bruttoertrage abziehen könne.

Der Schuldner hat das Recht, alle diejenigen Ausgaben abzuziehen, welche er entweder zur Produktion der Früchte oder zu ihrer Erhaltung gemacht hat.

l. 36 § 5 D. de hered. pet. 5,3:

fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt.

l. 46 D. de usuris 22,1:

quod in fructus redigendos impensum est etc.

l. 10 § 9 D. mandati 17,1:

sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.

Dabei sind jedoch die Begriffe Produktion und Erhaltung in weitester Bedeutung aufzufassen. Es kann dazu gehören, dass der Verpflichtete eine notwendige Reise unternimmt, einen Prozess führt u. s. w. u. s. w. Diesen Gedanken finden wir in l. 10 § 9 cit.:

sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere.

Jeder sumptus dieser Art ist also gemeint, wenn in l. 4 D. de operis serv. 7,7 gesagt wird:

deductis necessariis impensis,

oder wenn in l. 10 § 20 D. quae in fraud. 42,8 der Fruchtpflichtige

non prius cogendus est rem restituere quam si impensas necessarias consequatur.

Den necessariis impensis wird es gleich behandelt,

si quos alios[1] sumptus ex voluntate ... creditorum fecerit. (eod.)

Derselbe Gedanke ist in l. 10 § 10 D. mandati 17,1 ausgesprochen, wonach dem Gläubiger die Möglichkeit zusteht, impensae voluptuariae die der Schuldner (der Prokurator speziell) gemacht hat, als sumptus anzurechnen.

si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.

Aber neben den, bisher behandelten, impensae in fructus kommen noch gewisse impensae in rem factae in Betracht, insofern sie nämlich mittelbar eine Verwendung auf die Früchte darstellen. Dies sind die laufenden Ausgaben, wie sie jeder ordentliche Hauswirt zu machen hat, also die Ernährung von Sklaven und Haustieren, kleine Ausbesserungen am Hause u. dergl. m. Einmalige Ausgaben zur Erhaltung der Sache hingegen werden nicht als impensae in fructus factae behandelt. Zwar geschieht die Ernährung eines Sklaven oder Haustieres auch um dessentwillen, damit der Sklave etc. nicht stirbt, aber man will dieses doch nur gerade deshalb ver-

1. Allerdings ist die Lesart unsicher; andere Handschriften haben „quis alius“.

meiden, weil man Früchte aus ihm ziehen will. Also ist die Verwendung zwar unmittelbar nur zur Erhaltung der Sache, mittelbar aber zur Produktion der Früchte gemacht.[1]

So wird nach l. 1 § 3 D. de imp. 25,1 die Summe, die der Ehemann gezahlt hat, um die cautio damni infecti zu leisten, als impensa necessaria in rem behandelt,

> inter necessarias impensas esse . . . si ex stipulatione damni infecti, ne committatur, praestiterit,

dagegen werden die Steuern als onus fructuum bezeichnet l. 13 eod.:

> neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest; onus enim fructuum haec impendia sunt.

Petrażycki[2] sieht in diesen Stellen einen Hauptbeweis für die Unterscheidung von laufenden (periodischen) und einmaligen Ausgaben. „Der wirtschaftliche Unterschied", so führt er aus, „welcher zwischen der Erfüllung der cautu damni infecti und der Zahlung der Steuern ersichtlich ist, besteht darin, dass die Steuern periodisch gezahlt werden, die cautio damni infecti dagegen eine einmalige Ausgabe verursacht, welche ausserhalb der Wirtschaftsperioden steht." Dies ist wohl möglich, und von unserem Prinzip aus werden wir es auch annehmen müssen, aber aus jenen Stellen beweisen können wir das Prinzip nicht, denn es wären immer noch andere Erklärungen denkbar, z. B.: Die cautio d. i. ist eine notwendige Ausgabe zur Erhaltung der Sache selbst, die Zahlung der Steuern dagegen eine Ausgabe zur Erhaltung der Früchte. Paulus bezeichnet uns ganz richtig die Steuern als ein onus fructuum, denn die Steuern sind nicht ein Zins, der von der Sache erhoben wird, sondern ein Zins von den Früchten. Würde der Schuldner die Steuern nicht bezahlen, so würde sich

1. Vgl. Petrażycki, Lehre vom Einkommen, Bd. I S. 150 fg.
2. A. a. O.

der Fiskus (wenigstens der Theorie nach), zunächst an die Früchte, in letzter Linie erst (wenn diese oder ihr durch Verkauf u. dergl. gewonnener Ertrag nicht mehr vorhanden sein sollte) an die Sache selbst zu halten haben. Insofern also wäre eine andere Begründung für den Satz möglich, dass die Steuern ein onus fructuum bilden.

Von entscheidender Bedeutung sind jedoch zwei andere leges: Nach l. 15 D. de imp. 25,1 wird als impensa in fructus facta die „modica refectio aedificiorum" behandelt.

> quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id est in ea causa sit; nam tueri res dotales vir suo sumptu debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent, omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt.

Nach l. 7 § 16 D. sol. matr. 24,3 dagegen kann der Ehemann bei der Auflösung der Ehe es als impensa in rem necessaria sich anrechnen, si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam collapsam restituerit.

> plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, erit eius impensae petitio.

Diesen beiden Aussprüchen ist zu entnehmen, dass die Römer einen Unterschied gemacht haben, ob eine (notwendige) Ausgabe für die Sache eine einmalige oder eine periodische, bei jeder ordentlichen Wirtschaft wiederkehrende ist, und dass die letztere Art von ihnen wie die impensa in fructus behandelt ist. Die modica refectio aedificiorum wird ja auch in l. 15 cit. geradezu den cibaria mancipiis data und der cultura agrorum an die Seite gestellt, während andererseits dafür, dass der Bau eines neuen Hauses u. dergl. nicht wie die impensae in fructus factae

behandelt werden soll, auch noch l. 1 § 3 D. de imp. spricht, wonach die (notwendige) Errichtung einer Stampfmühle, einer Scheuer, einer Mole nicht zu den Einkommen-, sondern zu den Kapitalverwendungen gehört.

> inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas; sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait.[1]

In einem anderen Punkte noch muss ich Petražycki widersprechen, nämlich was das anbetrifft, dass „die impensa in valetudinem servorum bald zu den impensae necessariae (in rem), bald zu den impensae fructuum quaerendorum gerechnet wird."

> l. 2 D. de imp. 25,1 in necessariis impensis habendum est, si in valetudinem servorum impenderit.
>
> l. 7 § 16 D. sol. matr. 24,3 impendi autem fructuum percipiendorum causa Pomponius ait, ... quod in ...

1. Petražycki a. a. O. S. 150 fg. teilt alle Impensen nur ein in periodische und in einmalige Ausgaben und verwirft gänzlich diejenige in impensae in rem und imp. in fructus factae (von denen nur die letzteren bei der Berechnung des Reinertrages in Betracht kommen sollen). Jedoch will mir dies nicht zutreffend erscheinen, denn die Kosten einer Reise, die der Schuldner der Erhaltung oder Erzeugung der Früchte wegen unternahm, eines Prozesses, den er geführt hat, sind doch gewiss einmalige Ausgaben (die Reise kann allerdings auch periodisch vorgenommen werden müssen, in vielen Fällen aber wird es eine einmalige sein), nichtsdestoweniger aber gehen solche Kosten, wie wir früher gesehen haben, als impensae in fructus vom Bruttoertrage ab. In Konsequenz der Theorie Petražyckis dagegen müssten wir dem Schuldner diesen Abzug verwehren. Deshalb sind wir zu unserer im Text vertretenen Teilung gekommen: dass erstens sumptus in fructus und in rem unterschieden werden, von den letzteren, den sumptus in rem, aber wiederum gewisse Arten (die periodischen), die mittelbar sumptus in fructus sind, herausgenommen und wie diese behandelt werden.

aegrum servum curandum (sc. impensum est), scilicet si ex . . . servo fructus aliqui percipiebantur.

Nach Petrażyckis[1] Ansicht ist das Unterscheidende dieses, dass die Heilkosten in dem einen Falle als einmalige, in dem andern als periodische Ausgabe erscheinen. Ich glaube, wir können diese Begründung entbehren, da eine andere viel näher liegt: in dem einen Falle ist es ein Sklave, welcher (durch seine operae) Früchte bringt, in dem anderen ist es ein blosser Luxussklave. So hebt ja auch deutlich l. 7 § 16 cit. hervor: scilicet si ex servo fructus aliqui percipiebantur. Genau so ist es nach dieser Stelle ja auch beim Hause: dasjenige, quod in tutelam aedificiorum impensum est, soll ebenfalls nur dann zu den impensae fructuum quaerendorum, d. h. zu denjenigen Impensen, welche mittelbar in fructus factae sunt, gerechnet werden können: si ex aedificio fructus aliqui percipiebantur, wenn es in irgend einer Beziehung zur Fruchtgewinnung stand. Also die regelmässige Ausbesserung eines Jagdhauses, welches sich auf einem lediglich dem Ackerbau dienenden Grundstücke befindet, gehört nicht dahin, wohl aber die regelmässige Ausbesserung eines Jagdhauses, welches auf einem Grundstück steht, dessen wirtschaftliche Bedeutung vor allem auf der Jagdausübung beruht.

Die Geltendmachung der aufgewandten Impensen erfolgt nicht im Wege des Gegenanspruches, sondern sie werden sofort bei der Berechnung des Anspruches des Gläubigers vom Bruttogewinn subtrahiert, m. a. W. es wird von vorn herein überhaupt nur der Reinertrag berechnet. Dies wird klar ausgesprochen in l. 15 D. de imp. 25,1.

ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam im-

1. A. a. O. S. 156.

pendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris.[1]

Bei der Berechnung wird nicht danach gefragt, wieviel Impensen auf jedes einzelne Teil kommen, vielmehr werden die gesamten Aufwendungen addiert und vom Gesamtbruttoertrag abgezogen.[2] Zu dieser Aufstellung berechtigt uns l. 1 § 4 D. de dote praeleg. 33,4.

impensae autem ipso iure dotem minuunt; sed quod diximus, ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.

Sicherlich können wir die Methode der Anrechnung der Impensen bei der dos, wie sie uns diese Stelle lehrt, auf alle Fälle, wo Impensen anzurechnen sind, also auch auf die Frage nach dem Betrag der gezogenen Früchte übertragen. l. 8 § 1 D. sol. matr. 24,3.

quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur.

Auch ein anderer Gedanke führt uns zu demselben Resultat: Würden die Aufwendungen nicht von der Gesamtmasse abgezogen werden, so würden viele Arten derselben garnicht unterzubringen sein, z. B. die Kosten, die eine notwendige Reise verursacht hat. — Praktische Folgen unserer Theorie zeigen sich besonders darin, dass einige Sachen reichlich Früchte bringen, andere dagegen spärlich oder gar keine, sondern nur Kosten verursachen. Hier wäre der Schuldner im grössten Nachteil, wenn dem Gläubiger das Recht zustehen sollte, nur den aus den Vorteil bringenden Sachen gewonnenen Reinertrag in Anspruch zu nehmen.

Doch nicht nur die Gesamtmasse wird zu einer Einheit zusammengefasst, sondern auch die gesamte Zeit, innerhalb deren der Schuldner die Sache besass. In den

1. Vgl. auch l. 1 § 4 D. de dote praeleg. 33, 4: impensae (necessariae) autem ipso iure dotem minunet.

2. Vgl. Petrazycki, a. a. O. S. 200 fg.

Quellen ist dies zwar nur für die Zeit von einem Jahre ausdrücklich bezeugt,

l. 8 § 1 D. cit. totius anni unus fructus est,

aber zweifellos können wir dies auf jede Frist ausdehnen. Nach dem ist also der aus einer Sache gewonnene Reinertrag derjenige Geldwert, der sich aus der Subtraktion der gesamten Impensen von dem gesamten Bruttoertrage, der während der ganzen fraglichen Zeit gewonnen ist, ergiebt. Ist z. B. das Verhältnis von Kosten und Ertrag in dem einen Jahre ungünstiger gewesen, so wird ein Ausgleich dadurch gewonnen, dass es in dem anderen günstiger war.

3. Wir kommen nunmehr zu der Frage, ob die oben für die Früchte entwickelten Grundsätze nur für diese allein Geltung haben oder ob sie allgemein, auf alle vom Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogenen Vorteile zu übertragen sind.

Dass der Verpflichtete allgemein Ersatz seiner Impensen verlangen kann, wird in den Quellen ausdrücklich gesagt. So behandelt l. 78 § 4 D. de iure dot. 23,3 den Fall, wo die Frau dem Ehemanne ihren Anteil an einem fundus communis zur dos gegeben hat; während der Ehe hat der Miteigentümer die Teilungsklage angestrengt. Ist nun dem Ehemanne die ganze Sache adjudiziert, so muss er dieselbe nach Auflösung der Ehe der Ehefrau ganz restituieren, aber

ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio.

Der negotiorum gestor, welcher aus dem Kapital des Geschäftsherrn Zinsen gezogen hat, muss diese bei der Restitution mit herausgeben. Aber dafür kann er, nach l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3,5, auch seinerseits Ersatz der Zinsen beanspruchen, welche er für fremdes, im Interesse des Gläubigers geliehenes gezahlt hat oder aus eigenem

Gelde, welches er für ihn verwandt hat, hätte ziehen können,

contra quoque usuras, quas praestavimus, vel quas e nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio.

Diese Entscheidungen genügen,[1] um den allgemeinen Satz aufstellen zu können: Der Gläubiger hat dem Schuldner stets für die Kosten Ersatz zu gewähren, welche dieser für die Erlangung der Vorteile hat aufwenden müssen.

Die Hauptfrage aber ist die, ob überhaupt ganz allgemein (und nicht nur bei den Früchten) von einem „Reinertrag" die Rede sein kann, und dies müssen wir entschieden verneinen. Denn nehmen wir z. B. den bereits besprochenen Fall, dass die geschuldete Sache der ideelle Anteil an einer res communis ist und die gewonnenen Vorteile in der vom Richter adjudizierten anderen Hälfte bestehen. Hier ist die Konstruktion des Begriffes des „Reinertrages" eine Unmöglichkeit, da dieser das abstrakte, in Geld geschätzte Einkommen aus der Sache (nach Abzug aller Impensen) bedeutet. So kann denn hier auch nicht der von den Früchten in l. 15 D. de imp. 25,1 aufgestellte Satz gelten, dass die Kosten eine derartige Stellung einnehmen, ut deducto eo minus percepisse videaris.

Bei geschuldeten Geldleistungen allerdings wäre noch die Aufstellung des Begriffes des Reinertrages möglich. Aber sie ist hier in den Quellen ausdrücklich ausgeschlossen, und die Geltendmachung solcher Ansprüche in die actio contraria verwiesen worden.

l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3,5 contra quoque usuras, quas praestavimus, vel quas e nostra pecunia percipere

1. Noch zu citieren wären l. 13 § 22, l. 38 § 1 D. de act. emt. 19, 1, l. 13, 16 C. eod. tit. 4, 49.

potuimus, quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio.

So bleibt uns also als Resultat: dass im allgemeiner der Gläubiger dem Schuldner die aufgewandten Impensen zu ersetzen hat, und die Früchte in der oben behandelten Weise noch eine Sonderstellung einnehmen.

Uebrigens hat der Gläubiger dem Schuldner unter allen Umständen die zur Erlangung des Gewinnes gebrauchten Kosten zu ersetzen, auch wenn ihm die Kosten grösser als der Gewinn erscheinen. Dies lehrt uns l. 78 § 4 D. de iure dot. 23,3.

nec audiri debebit alterulter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera quoque,[1] aut vir in restituenda.[2]

§ 2.

A, Der Anspruch des Gläubigers auf diejenigen Vorteile, welche der Schuldner gezogen hat, indem er gleichzeitig die (gänzliche oder teilweise) Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte.

Der Schuldner kann aus der geschuldeten Sache dadurch Vorteile gezogen haben, dass er ein Rechtsgeschäft über dieselbe abschloss, das auf der einen Seite das lucrum brachte, auf der anderen aber eine (völlige oder teilweise) Unmöglichkeit der Leistung herbeifuhrte. Es ist dies vor allem da der Fall, wo der Schuldner eine bereits versprochene, aber noch nicht tradierte Sache einem anderen verkaufte und diesem durch Tradition das Eigentum verschaffte. Der so erlangte Gewinn fällt unter den weiteren

1. Dem Ehemanne war in der actio communi div. die ganze Sache adjuziert worden.

2. Ebenso wie diese Stelle l. 7 § 13 D. communi divid. 10, 3. — Vgl. Mommsen a. a. O. S. 64.

Begriff des „stellvertretenden commodum",[1] d. h. desjenigen commodum, das durch eine Thatsache auf der einen Seite herbeigeführt wird, die auf der anderen Seite die Leistung der Sache ganz oder teilweise unmöglich macht. Die beiden Fälle des stellvertretenden commodum, die in den Quellen erwähnt werden,[2] sind erstens Delikte dritter Personen und zweitens Rechtsgeschäfte des Schuldners. Beim Delikt ist das commodum die Klage gegen den Dritten. Jedoch wollen wir diesen Fall gänzlich von unserer Erörterung ausschliessen. Also haben wir es hier nur mit dem Gewinn zu thun, den der Schuldner durch Rechtsgeschäfte aus der Sache gezogen hat, die gleichzeitig ihrer Leistung im Wege stehen. Hierbei haben wir jedoch den Fall nicht eingehender zu behandeln, wo der Schuldner das Rechtsgeschäft zwar schon unauflöslich abgeschlossen, aber den Gewinn noch nicht erlangt hat; denn die Frage, ob der Gläubiger hier eine Cession der Klage gegen den Dritten auf den Gewinn verlangen kann, muss in allen Stücken nach derjenigen entschieden werden, ob der Gläubiger einen Anspruch auf das erlangte commodum habe.

Es kommt darauf an, ob der Gläubiger in Ansehung des Rechtsgeschäftes die Gefahr trägt oder der Schuldner. Trägt sie der Schuldner, so hat der Gläubiger keinen Anspruch auf das commodum, welches jener durch das Rechtsgeschäft erlangt, vielmehr kann er nur Entschädigung fordern; trägt sie der Gläubiger, so muss der Schuldner den gemachten Gewinn herausgeben,

1. Mommsen, Erörterungen aus dem Oblig.-R., erstes Heft, Erörterungen über die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est, S. 2 a. E., S. 76 fg.

1. Es versteht sich, dass die Lehre vom stellvertretenden commodum nur Platz greift bei individuell bestimmten oder wenigstens alternativ individuell bestimmten Sachen, nicht auch bei generisch geschuldeten.

braucht aber dann keine Entschädigung zu zahlen. Es gilt also bei dieser Art gezogener Vorteile der Satz commodum eius esse debet, cuius periculum est.[1] Dies beweisen zahlreiche Stellen (in denen vorzugsweise der Fall behandelt wird, dass die geschuldete Sache aus dem ideellen Anteil an einer res communis besteht und der Miteigentümer die actio communi dividundo anstrengt. Dann giebt es drei Möglichkeiten: entweder wird dem Schuldner die Sache ganz zugesprochen — gegen Entschädigung natürlich — oder dem anderen Miteigentümer oder sie sind reell geteilt):

l. 7 § 13 D. comm. div. 10,3; l. 13 § 17 D. de act. emti et vend. 19,1; l. 78 § 4 D. de iure dot. 23,3; l. 15 § 2 D. de rei vind. 6,1; l. 1 § 47, l. 2 D. depositi 16,3; l. 21 D. de hered. vel act. vend. 18,4.

Mit der letzten Stelle wollen wir uns noch ein wenig näher beschäftigen.

si ... hominem vendiderit, et is decesserit, an pretium eiusdem debeat — non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset —? . . . si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci; pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic fit, quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem.

Also wer eine bereits verkaufte Sache dolos noch einmal veräussert und durch Uebertragung des Eigentumes, infolge

1. § 3 J. de emt. 3, 23; ähnlich l. 7 pr. D. de peric. et comm. 18, 6: periculum est emtoris, sic igitur et commodum eius esse debet; l. 10 D. de divers. reg. iur. 50, 17: secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quam sequuntur incommoda; l. 22 § 3 C. de furtis et serv. corr. 6, 2: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur.

Tradition, an den Dritten die Leistung an den ersten Käufer unmöglich macht, ist zur Entschädigung verpflichtet, nicht zur Herausgabe des durch den zweiten Verkauf erlangten Preises (gegen Empfang des vom ersten Käufer ausbedungenen), denn er trägt die Gefahr hinsichtlich der zweiten Veräusserung. Geht nun die Sache später kasuell zu Grunde, so kann der erste Käufer keine Entschädigung beanspruchen, da ja durch das Ereignis, für das er die Gefahr trug, (durch den casus), das commodum nicht entstanden ist, vielmehr durch das Rechtsgeschäft des Schuldners, dessen Gefahr diesem zur Last fiel. — Mommsen[1] hält diesen Ausspruch des Paulus für eine Entscheidung, die dem Prinzip (des stellvertretenden commodum) nach zwar völlig consequent ist, die aber „mit den Anforderungen der Gerechtigkeit im entschiedensten Widerspruch steht.“ Er fällt dieses Urteil deshalb, weil „der dolose Schuldner neben dem vom ersten Käufer erhaltenen Kaufpreis auch noch den Kaufpreis von demjenigen, an den er die Sache später veräussert, behalten kann, also ein duplum als Lohn seines dolus davon trägt.“ Indessen vermag ich mich dem harten Urteil Mommsens über die Entscheidung des Paulus nicht anzuschliessen.

Wir müssen hier kurz verweilen und wollen zunächst den Beweis versuchen, dass in der That der Verkäufer unter den obwaltenden Umständen den Kaufpreis zweimal fordern kann — da dies äusserst bestritten ist, — sodann, dass dies keine Unbilligkeit enthält.[2]

Ueber die Frage, ob der Verkäufer von beiden Käufern das ausbedungene Kaufgeld beanspruchen könne, gehen die Meinungen der Gelehrten äusserst auseinander. Die einen bejahen die Frage, andere verneinen sie. Von diesen

1. A. a. O. S. 110, S. 124.

2. Wenigstens keine grössere als der Satz, dass mit der Perfektion des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer übergeht, überhaupt.

wollen die einen dem Verkäufer die Wahl zwischen beiden Käufern lassen,[1] andere geben ihm eine Forderung gegen den ersten, wieder andere gegen den zweiten Käufer. Endlich ist ihm auch der Anspruch gegen beide Käufer völlig versagt worden.[2] Näher auf die Behandlung der einzelnen Ansichten einzugehen, verbietet der Rahmen dieser Abhandlung.[3]

Mir scheint die erste Ansicht, dass beide Käufer das pretium zu zahlen haben, die richtige zu sein. Denn ich meine, dass nur diese Theorie mit der Struktur des Kaufes, wie sie von Bechmann und Dernburg betont wird, übereinstimmt. Nämlich mit dem Abschluss des Kaufvertrages „erhält jeder der Kontrahenten einen selbstständigen und klagbaren Anspruch auf die ihm versprochene Leistung.[4] Also durch den ersten Verkauf wird ein Anspruch des Käufers auf die Sache und des Ver-

1. Zuerst von Ihering, Jahrb. für Dogm. III S. 449 fg.; vgl. auch über ihn Goose, Jahrb. f. Dogm. IX S. 197 fg., insbesondere S. 208 fg.

2. So zuerst von Martinius, der mehrfache Verkauf derselben Sache, S. 173. Derselben Meinung ist auch Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon verb. „Kauf".

3. Bezüglich der Litteratur verweise ich nur noch auf Windscheid P. Bd. II § 390 Note 17, sowie Dernburg P. Bd. II § 96 Anm. 4.

4. Bechmann, der Kauf nach gem. R. I S. 543, Dernburg, P. Bd. II § 20. Jedoch sind viele anderer Meinung (s. die dort Citierten!). Aber die Genannten weisen mit vollem Recht auf den Ausspruch des Varro, de re rustica II 2 § 6, hin, in dem „wir ein sicheres Zeugnis (besitzen), dass noch in den letzten Zeiten der Republik der Verkäufer auf den Kaufpreis und der Käufer auf die Ware klagen konnten, ohne die Einrede fürchten zu müssen, dass sie selbst noch nicht geleistet hätten." Es heisst bei Varro cit.: nec non emptor pote ex empto vendito illum (sc. venditorem) damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

käufers auf den Kaufpreis begründet, durch den zweiten Verkauf entsteht ebenfalls ein Anspruch des zweiten Käufers auf die Sache und wiederum des Verkäufers gegenüber diesem auf den Kaufpreis. Dies sind vier (selbständige) actiones. In dem gewöhnlichen Falle, wo die Sache nicht (kasuell) zu Grunde geht, konkurrieren hiervon die Ansprüche der beiden Käufer mit einander, dergestalt, dass sie sich gegenseitig ausschliessen. Tradiert nun der Verkäufer dem ersten Käufer, so erwirbt dieser dadurch das Eigentum, und die Leistung an den zweiten Käufer wird unmöglich gemacht; der letztere kann dann nur eine Entschädigungsforderung geltend machen, wohingegen er aber den Kaufpreis zahlen muss (natürlich kann er auch mit einer exceptio den Verkäufer abweisen, aber dann erhält er keine Entschädigung).

Tradiert der Verkäufer dem zweiten Käufer die Sache, so erlangt dieser dadurch Eigentum, folglich ist die Leistung an den ersten Käufer ausgeschlossen. Dann steht dem letzteren wiederum ein Entschädigungsanspruch zu.

Hat der Verkäufer jedoch noch keinem der beiden tradiert, so gilt der Satz prior tempore potior iure, d. h. Prävention, wenn die Sache noch vorhanden und ihre Leistung somit möglich ist. Wenn aber die Sache nach Abschluss der beiden Kaufkontrakte vor der Tradition an einen der Käufer kasuell zu Grunde geht, so wird damit der Gegenstand der beiden Ansprüche der Käufer vernichtet, ihre Ansprüche fallen fort, und es bleiben nur noch die (selbständigen) Klagen des Verkäufers gegen die beiden Käufer auf das ausbedungene pretium übrig.

Soweit der dogmatische Beweis. — Ich will nicht verfehlen, an dieser Stelle noch auf einige schwerwiegende Fragen hinzuweisen, die sich aus den Theorien der Gegner ergeben: Wie, wenn beide Käufer schon (vor der Tradition) ihrerseits Zahlung geleistet haben, und die Sache ist dann untergegangen? können dann der eine oder der andere

oder auch beide Käufer, je nachdem ihnen eine Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen für den Fall, dass sie noch nicht gezahlt haben, abgesprochen wird, die bereits geleistete Zahlung zurückfordern? Vor allem, auf welche Art sollten sie dies thun? etwa mit der condictio indebiti? Dem wäre doch zu erwidern, dass sie damals, als sie zahlten, in Wahrheit schuldig waren, nämlich aus dem Vertrage. Andererseits, wenn man dem Verkäufer die Wahl zwischen beiden Käufern zuspricht, wie Ihering, was sollte dann Rechtens sein, wenn beide bereits den Kaufpreis gezahlt haben und nun dem Verkäufer die Wahl überlassen, den einen oder den andern wieder frei zu geben, wenn da nun der Verkäufer sich einfach nicht entscheidet? Wie können sie ihn dazu zwingen? Sollten sie dann etwa beide gar mit der condictio indebiti das Gezahlte zurückfordern können? Soll man hier in dem Stillschweigen des Verkäufers die konkludente Handlung erblicken, dass er das Geld von keinem der beiden haben wolle? das Gegenteil wäre eher möglich; er will es von beiden behalten.

Ferner: Wie wollen es diejenigen, welche dem Verkäufer nach dem zufälligen Untergange der Sache die Wahl geben, von welchem Käufer den Kaufpreis fordern will, in diesem Falle halten: Dem ersten Käufer ist die Sache für 6000 verkauft, dem zweiten für 5000. Nachdem die Sache vor der Tradition kasuell zu Grunde gegangen ist, wendet sich der Verkäufer an den ersten Käufer und fordert Zahlung des Preises, kann aber von ihm nur 4000 erlangen. Kann er sich nun zur Erlangung des Restes an den anderen Käufer halten? und kann er von diesem nur 1000 verlangen (sodass er dann im ganzen 5000 erhält, was die Kaufsumme ausmacht, die von diesem Käufer ausbedungen ist), oder kann er von ihm 2000 verlangen (sodass der Verkäufer im ganzen den Kaufpreis des ersten Käufers bekommt)?

Diese Fragen würden vom Gesichtspunkte der be-

treffenden Theorien aus noch sehr einer Erörterung bedürfen.

Auch mit den Anforderungen der Billigkeit steht das von uns oben gewonnene Resultat keineswegs in einem so schroffen Widerspruch, wie Mommsen meint, da von einer Belohnung des dolus gar keine Rede sein kann. Denn der zufällige Untergang der Sache wird doch ein relativ seltener Fall sein und eine Spekulation des Verkäufers auf diesen Zufall so gut wie ausgeschlossen. Stellen wir uns doch einmal vor, wie sich in Wirklichkeit die Fälle des mehrfachen Verkaufes gestalten:

1. A. hat dem B. eine Sache für 700 verkauft. Vor der Tradition bietet ihm ein anderer, C., 800 dafür. Würde nun A. darauf eingehen und die Sache dem C. übereignen, so müsste er dem B. das ganze Interesse, das dieser an der Sache hat, ersetzen, das zweifellos viel mehr als 700, vielleicht sogar mehr als 800 betragen wird, da sonst C. kaum einen solchen Preis zahlen dürfte. Hier würde ein dolus des Verkäufers vorliegen, aber schwerlich wird er sich auf solche Manipulationen einlassen, da er, wie bemerkt, doch auf den regelmässigen Gang der Dinge rechnen muss (d. h. auf den Nichtuntergang) und dann absolut keinen Vorteil hat.

2. In den meisten Fällen wird der mehrfache Verkauf in der Weise vorkommen, dass dem Verkäufer durch den zweiten Verkauf anderweitige günstige Chancen geboten werden und er infolge deren auch gern bereit sein wird, dem ersten Käufer das Interesse zu ersetzen. Z. B.:

A. ist Eigentümer eines grossen Grundstückkomplexes, den er verkaufen will. Da dies im ganzen nicht möglich ist, so teilt er ihn in 100 Parzellen. Eine solche, in der Mitte gelegene Parzelle verkauft er dem B. Vor der Tradition meldet sich aber ein zweiter Käufer, C., der bereit ist, den ganzen, aber auch nur den ganzen Komplex zu übernehmen. A. besinnt sich hier keinen Augenblick und

verkauft dem C. das Gesamtgrundstück, er verkauft also wissentlich die bereits dem B. versprochene Parzelle zum zweiten Male. Insofern er dies wissentlich thut, handelt er allerdings dolos. Indessen weiss der Verkäufer (A.) doch, dass er dem B. dessen ganzes Interesse an der Parzelle ersetzen muss, und er wird andererseits auch gern dazu bereit sein, selbst wenn es den ausbedungenen Kaufpreis bei weitem übersteigen sollte.

Genau so ist es in folgendem Beispiel: A. will sein Vierergespann, das aus vier völlig gleichen Schimmeln besteht, verkaufen, verkauft aber, da er für das Ganze keinen Abnehmer findet, zuerst das eine Pferd, um die anderen dann ebenfalls einzeln zu verkaufen. Vor der Tradition kommt ein Käufer für das ganze Gespann. A. verkauft ihm das letztere unbedenklich, da es als Ganzes einen weit höheren Wert repräsentiert als den blossen vierfachen Wert der einzelnen Pferde. Für den ersten Käufer dagegen hat das gekaufte Pferd nicht als Teil des Gespannes, sondern nur als Einzelpferd Wert.

Wenn ferner in einem Falle der unter 1. behandelten Art dem Verkäufer von einem zweiten Käufer für die dem ersten bereits verkaufte (aber noch nicht tradierte) Sache ein ganz unverhältnismässig hoher Preis geboten wird, z. B. aus einem Affektionsinteresse an der Sache, so wird in den seltensten Fällen der Verkäufer Bedenken tragen, den zweiten Verkauf abzuschliessen, der ja ihm selber Vorteil und dem ersten Käufer, da er sein Interesse ersetzt erhält, voraussichtlich keinen Nachteil bringt. Z. B. B. kauft für 10 Mk. bei einem Althändler A. einen alten Sessel, der einen wahren Wert von 20 Mk. besitzt. Jedoch wird ausgemacht, dass A. erst noch eine Kleinigkeit an dem Sessel ausbessern und ihn dann dem B. in die Wohnung, die in einem entfernten Stadtteil gelegen ist, schicken solle. Kaum hat er den Laden verlassen, so kommt ein durchreisender Fremder, C., der in einer halben Stunde wieder fortreisen will, und

bietet dem A. für denselben Sessel 50 Mk., da er in ihm ein altes Familienerbstück erkennt, das zuletzt lange Zeit im Besitze seines verstorbenen Grossvaters gewesen ist. Wenn hier der Althändler darauf eingeht und die 50 Mk. nimmt, so handelt er doch nur ganz verständig. Denn dem ersten Käufer, B., der den Sessel eben nur als Sessel gekauft hat und sich jederzeit einen anderen verschaffen kann, wird kein Schaden verursacht, da ihm ja sein Interesse ersetzt wird, das in diesem Falle den wahren Sachwert, also 20 Mk. nicht übersteigen dürfte, sodass A. nach Abzug des bedungenen Preises von 10 Mk. (der jetzt nicht gezahlt zu werden braucht) dem ersten Käufer noch 10 Mk. zu leisten hat. Also gewinnt er selbst durch den zweiten Verkauf 30 Mk. mehr und der erste Käufer hat in keiner Weise einen Nachteil. In sehr vielen Fällen dieser Art mag streng genommen ein dolus vorliegen, in vielen wird ein solcher aber auch den Umständen nach ausgeschlossen sein.

3. Ein Fall wahrer Unsittlichkeit liegt dann vor, wenn der Verkäufer die zweite Veräusserung zu dem ausschliesslichen Zwecke vorgenommen hat, dem ersten Käufer zu schaden. Hier kommt ihm aber seine Unredlichkeit teuer genug zu stehen, denn er ist ja dem Käufer gegenüber zum völligen Ersatz des Interesses obligiert. Der Fall dürfte demgemäss sehr selten vorkommen.

4. Möglich ist auch, dass der doppelte Verkauf der Sache dadurch zustande gekommen ist,[1] dass in unverschuldeter Weise, ohne von einander zu wissen, der dominus selbst und ein Vertreter den Kauf abschliessen. Auch hier liegt kein dolus vor.

Das Resultat ist also, dass in manchen Fällen der Schuldner allerdings wirklich dolos gehandelt haben wird.

1. Ich knüpfe hier an ein Beispiel an, das Ihering in dem bereits behandelten Aufsatz in den Jahrb. f. Dogm. III S. 449 ringt.

Ist ihm aber dieses nachzuweisen, so kann der von ihm auf den Kaufpreis belangte erste Käufer doch immer noch eine exceptio doli gegen ihn geltend machen. Hat er aber nicht dolos gehandelt, so ist es ganz unbedenklich, ihm den doppelten Anspruch auf den Kaufpreis nicht zu versagen,[1] da er im Falle des die Regel bildenden Nichtunterganges grosse Nachteile zu tragen hat, nämlich dem einen oder dem anderen Käufer Ersatz zu leisten.

Hat in dem Falle, wo der Verkäufer wirklich dolos gehandelt hatte, der erste Käufer seinen Kaufpreis bereits gezahlt, so kann er ihn allerdings nicht zurückfordern. Aber trotzdem kann man doch nicht von einer „Belohnung für den dolus" sprechen, wenn der Verkäufer beide pretia erhält; denn wie wir gesehen haben, sind die Fälle, wo wirklich dolus vorlag, immer der Art, dass der dolus garnicht auf die Erlangung des doppelten Kaufpreises gerichtet war, da eine Spekulation des Verkäufers auf den zufälligen Untergang so gut wie ausgeschlossen ist, derselbe vielmehr immer mit dem Normalfall rechnen muss, dass die Sache nicht kasuell untergeht und er dann dem ersten Käufer sein volles Interesse zu ersetzen hat.

Von dem Grundsatze, dass der Gläubiger auf die Vorteile, die der Schuldner dadurch gezogen hat, dass er ein Rechtsgeschäft über die Sache abschloss, das gleichzeitig die Unmöglichkeit der Leistung herfeiführte, dann Anspruch habe, wenn er (der Gläubiger) hinsichtlich dieses Rechtsgeschäftes die Gefahr trug, findet eine Ausnahme nur statt

1) bei den iudicia stricti iuris. Hier hat der Gläubiger nie Anspruch auf ein solches commodum. Dies lehren uns die Schlussworte von l. 7 § 13 D. communi div. 10, 3.

Die Stelle behandelt zuerst den Fall, wo jemand seine ideelle Hälfte an einem Grundstück, woran er Miteigentum

1. Vgl. auch Dernburg, P. Bd. II § 96 Anm. 4.

hatte, verpfändet. Wird dann von dem anderen Miteigentümer gegen den Pfandgläubiger die Teilungsklage angestrengt, und erwirkt infolge deren der creditor die ganze Sache, so muss der debitor, wenn er den verpfändeten Teil zurückverlangt, bereit sein, die ganze Sache zu übernehmen (natürlich gegen Erstattung des vom Gläubiger an den Miteigentümer Gezahlten). Ferner: Wenn ein Miteigentümer seine ideelle Hälfte verkauft hat, und gegen ihn, bevor er den Kaufvertrag erfüllt hat, die actio communi dividundo erhoben wird, so hat er dem Käufer alles das zu leisten, was ihm selber durch den Richterspruch zugesprochen wird, mag dies die ganze Sache oder eine Entschädigungssumme sein. Dann heisst es weiter:

haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.

Hier bilden, wie Mommsen,[1] zweifellos mit Recht, angenommen hat, die „cetera huius generis iudicia" den Gegensatz zu den iudicia stricti iuris, und für diese, namentlich für die actio ex stipulatu, haben die Grundsätze von dem in Frage stehenden commodum keine Geltung.

Uebrigens ist diese Ausnahme heute ohne Bedeutung, da jetzt alle Rechtsgeschäfte bonae fidei sind.

2) Eine weitere Ausnahme macht der Fall, wo das Rechtsgeschäft des Schuldners innerhalb einer Geschäftsführung für den Gläubiger geschah, ja, wo es auch nur als negotiorum gestio aufgefasst werden kann. Hier macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner oder der Gläubiger die Gefahr trägt, der Gewinn ist stets dem letzteren herauszugeben.

Der zweitgenannte Fall tritt z. B. beim Erbschaftsverkauf ein; hat hier der Verkäufer vor der Tradition einzelne Sachen veräussert, so kann der Gesichtspunkt der

1. A. a. O. S. 114.

negotiorum gestio in Frage kommen. Nicht jedoch steht es so beim Verkauf einer einzelnen Sache. l. 21 D. de her. vel act. vend. 18, 4.

ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi potest videri, ut negotium eius potius agam, quam hereditatis. sed hoc in re singulari non potest credi . . . . .

at quum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam.

Was vom Erbschaftsverkauf gilt, muss naturgemäss auch für den Fall gelten, wo jemand sein ganzes Vermögen verkauft. Aber auch sonst wird der Gesichtspuukt der negotiorum gestio eintreten können,[1] wie uns l. 3 C. arbitr. tut. 5, 51 lehrt:

1. Ausdrücklich verworfen haben die Römer, wie wir schon im Text kurz bemerkt haben und hier noch etwas näher ausführen wollen, die Fiktion der negotiorum gestio mit gutem Grunde, wenn es sich nicht um den Verkauf einer ganzen Erbschaft, aus der eine Sache noch einmal, an einen Dritten, veräussert wird, sondern nur einer res singularis handelt. Denn in l. 21 D. cit. wird fortgefahren:

sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundum hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto.

Diese Worte schliessen jedoch Ausnahmen keineswegs aus; wenn nämlich der zweite Verkauf notwendig war, wenn er um der Erhaltung der Sache selbst willen vorgenommen werden musste, so tritt sehr wohl jener Gesichtspunkt ein. Beim Verkauf einer ganzen Erbschaft war nicht der Fall ins Auge gefasst, dass der Verkauf der Sache um ihrer selbst oder der ganzen Erbschaft willen notwendig sei (hier würde eine solche Annahme der negotiorum gestio von selbst bestehen; ausserdem würde ja dann für die res singularis der notwendige zweite Verkauf ausdrücklich als nicht unter den Gesichtspunkt der neg. gestio fallend hervorgehoben sein, was

si curator post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit, elige, utrum malis, in emptione negotium tibi eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere; secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.

Aber ist der Gläubiger verpflichtet, eine Thätigkeit des Schuldners unter den erforderlichen Umständen als negotiorum gestio anzuerkennen? Wir müssen die Frage bejahen.[1] Denn die gegenteilige Ansicht würde mit den Quellen und der Billigkeit in Widerspruch stehen.

Was zunächst die Quellen angeht, so sagt zwar l. 21 D. de her. vend. 18,4:

ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, **potest** videri, ut negotium eius potius agam, quam hereditatis.

Damit soll aber doch wohl nicht ausgedrückt werden, dass der **Gläubiger** es dafür ansehen könne, dass er die Wahl habe, ob er es thun wolle oder nicht; vielmehr wird m. E. in der Stelle gesagt; Es liegt die objektive Möglichkeit

---

doch offenbar widersinnig wäre), vielmehr bestand der Verkauf der Sache aus derselben in der Wahrnehmung einer günstigen Konjunktur. Diese, muss der Verkäufer annehmen, würde auch der Käufer benutzt haben, und deshalb liegt die Möglichkeit vor, eine neg. gestio anzunehmen. Daraus ergiebt sich, dass selbstverständlich beim Verkauf einer einzelnen Sache ein zweiter Verkauf derselben (falls er nicht notwendig war) keine neg. gestio sein kann, da der Gläubiger ja gerade diese bestimmte Sache haben wollte. Hat jedoch der Käufer die Sache nur zum Zwecke des Wiederverkaufes gekauft und kannte der Verkäufer diese Absicht, so werden wir wohl auch hier, wenn er deshalb den zweiten Verkauf bei einem besonders günstigen Gebot vornahm, den Gesichtspunkt der neg. gestio nicht ausschliessen können.

1. Vgl. aber auch Mommsen a. a. O. S. 111, 127.

vor, die Handlungsweise des Schuldners für eine auftragslose Geschäftsführung anzusehen; und weil diese objektive Möglichkeit vorliegt, so soll fingiert werden, der Schuldner habe sein negotium geriert.

at quum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam.

Diese Worte zeigen, dass, wenn der Schuldner Handlungen der besprochenen Art vollzieht, sogar fingiert wird, es habe bei Begründung der Obligation eine Abmachung der Parteien stattgefunden, der Schuldner solle das negotium des Gläubigers gerieren. Auf eine solche Abmachung aber kann sich der Gläubiger nicht nach seinem Belieben berufen oder nicht; sie wird unter allen Umständen für und ev. auch gegen ihn geltend gemacht.

Auch aus Billigkeitsrücksichten muss dem Gläubiger die Wahl abgesprochen werden. Denn hätte er eine solche, so würde dies eine ausserordentliche Rechtsunsicherheit herbeiführen. Der Schuldner, der, in der besten Absicht für den Gläubiger, wirklich eine solche Handlung vornehmen will, weiss nie, ob der Gläubiger dieses Rechtsgeschäft anerkennen wird oder ob er selber sich nicht die grössten Unannehmlichkeiten und Nachteile zuzieht.

l. 3 C. arbitr. tut. 5,51 ist eine ganz singuläre Bestimmung, die sich auf kein juristisches Prinzip zurückführen lässt, sondern, und zwar erst durch Antoninus im Jahre 215, lediglich zum grösseren Vorteile der Minderjährigen verfügt worden ist.

Wir haben uns den Fall vielleicht so zu denken: Nach den allgemeinen Regeln[1] hat der minor keinen Anspruch auf das praedium, da der curator ja sibi praedium comparavit. Ebenso wird es auch in diesem Spezialfall bis zu dem Rescript des Kaisers gewesen sein. Dieser aber ver-

1. Sie werden des Näheren später entwickelt werden, § 4 2b.

fügte, wie bereits bemerkt zum grösseren Vorteil des Minderjährigen, dass diesem die Wahl zustehen solle, ob er (wie bisher) sich mit den usurae legitimae begnügen oder ob er eine negotiorum gestio für vorliegend erachten wolle. Dem minor sollte damit die Möglichkeit gesichert werden, bei einem ausserordentlich günstigen Kauf den Nutzen davon zu ziehen, andererseits dem curator die Lust zu einer derartigen dolosen Handlungsweise genommen werden, da sie ihm nun keinen Vorteil mehr bringen konnte.

Hat der Schuldner den Gewinn durch ein Rechtsgeschäft erworben, das in gar keinem Zusammenhange mit der Leistung der Sache steht, diese also garnicht unmöglich machen konnte, so hat selbstverständlich, nach eingetretener Unmöglichkeit der Leistung, der Gläubiger niemals einen Anspruch darauf, da überhaupt von gar keinem stellvertretenden commodum die Rede sein kann.

So ist es z. B. bei folgendem Beispiele:[1] A. verspricht mir 100 für den Fall, dass meine Sache ohne mein Verschulden untergehen sollte; darauf verkaufe ich die Sache an B.; und nach dem geht die Sache kasuell zu Grunde. Hier hat B. keinen Anspruch auf die 100, die mir A. versprochen hat.

Am Schlusse dieses Paragraphen wollen wir noch wenige Worte über das Tragen der Gefahr beim Kaufe sagen, da wir später wiederholt aus den folgenden Erörterungen Schlüsse zu ziehen haben werden.

Die Gefahr geht im Allgemeinen mit der Perfektion des Kaufkontraktes auf den Käufer über. Diesen Satz geben uns die Quellen ganz ausdrücklich an zahlreichen Orten. So heisst es in l. 8 D. de peric. et comm. 18,6:

necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio;

1. Nach Ihering a. a. O. S. 53, Mommsen a. a. O. S. 116.

tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet,

in § 3 J. de empt. 3,23:

quum autem emtio et venditio contracta sit . . . , periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi (adhuc) ea res emtori tradita non sit.

Für solche Ereignisse jedoch, welche der Verkäufer verschuldet hat, trifft ihn und nicht den Verkäufer die Gefahr.

eodem. quidquid . . . sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

Dies gilt vor allem von dem Fall, wo er wissentlich die bereits verkaufte Sache vor der Tradition einem anderen verkaufte (l. 21 D. de her. vend. 18,4), ferner wo der Verkäufer des ideellen Teiles an einer res communis selbst gegen den Miteigentümer die Teilungsklage anstrengt. Hier braucht sich der Gläubiger den Erfolg dieser Klage nicht gefallen zu lassen, da der Schuldner hinsichtlich jenes Rechtsgeschäftes das periculum trägt.[1]

Der Grund, warum mit der Perfektion des Vertrages die Gefahr auf den Käufer übergeht, ist ganz ausserordentlich bestritten. Einzeln jeder Ansicht zu begegnen, ist hier nicht der Ort,[2] und so muss ich mich mit folgenden

1. Dies folgt aus dem argumentum a contrario der zahlreichen Stellen, welche diesen Fall behandeln und alle nur ausdrücklich von dem Falle reden, wo der Miteigentümer die Teilungsklage angestrengt hat. l. 7 § 13 D. comm. div. 10, 3, l. 78 § 4 D. de iure dot. 23, 3. etc.

2. Ich verweise bezüglich der Litteraturangaben auf Petražycki, Lehre vom Einkommen Bd. II S. 42 Anm. 2, sowie Windscheid, P. Bd. II § 321 Note 19a, § 390 Note 3, sowie Dernburg, P. Bd II. § 20 Anm. 6, § 96 Anm. 1. Eine genauere Zusammenstellung der älteren Theorien findet sich bei Regelsberger in der krit. Vjschr. Bd. 13 S. 90—104.

Bemerkungen begnügen: Ursprünglich war der Kauf ein Kauf Zug um Zug,[1] der Käufer gab das Geld (oder das Tauschgut) und der Verkäufer gab ihm dafür sofort die Ware in die Hand. Ganz allmählich jedoch zerfiel in vielen Fällen das Kaufgeschäft in zwei Akte, erstens den Abschluss des Kontraktes, sodann zweitens die Tradition, es entwickelte sich aus dem Realkontrakt der Konsensualkontrakt. Jedoch schlummerten immer noch Reminiscenzen an die ursprüngliche Art des Kaufes unbewusst in der Rechtsüberzeugung des Volkes. Die Sache wurde immer noch so behandelt, als sei sie mit dem (perfekten) Abschluss das Vertrages wirklich in das Vermögen des Käufers über-

Namentlich behandelt sei hier nur noch Ecks Lehre (in Holtzendorffs Rechtslexikon verb. „Kauf". — Zustimmende Bemerkungen dazu von Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsr. Bd. II § 270 Anm. 2): Auch Ecks Erklärung, dass die Grundsätze vom Uebergange der Gefahr aus dem Handelsrecht übernommen seien, scheint mir die Frage nicht zu lösen. („Beim Handelskauf muss der Verkäufer schon vom Vertrage an sich aller Dispositionen über die Ware enthalten und sie für den Käufer aufbewahren; dieser Sachlage entspricht es, den letzteren mit der Gefahr zu belasten .... Die Römer als ein handeltreibendes Volk generalisierten die ..... Auffassung," sie nahmen sie auch für Grundstücke etc. an.) Mir will jedoch diese ganze Aufstellung bedenklich erscheinen. Denn ich glaube kaum, dass die Römer in einem solchen Masse Handelsvolk waren, dass sie Grundsätze, welche für Waren galten, durch Gewohnheit auch auf andere Sachen, also Nichtwaren (Grundstücke etc.) übertragen hätten, obwohl sie für diese unzutreffend und unbillig sind. Eine derartige Generalisierung findet gewöhnlich doch nur da statt, wo es sich um die Verbreitung billiger Rechtssätze handelt (wie z. B. die actio praescriptis verbis, die ursprünglich nur für den Trödelvertrag galt, später auf alle Innominatverträge ausgedehnt wurde). Aber ganz abgesehen davon würde bei der Theorie des genannten Gelehrten doch immer noch die Frage offen bleiben, woher denn beim Handelskaufe jener Grundsatz stammt.

1. Vgl. Pernice, Labeo I S. 456 fg.; vgl. damit auch schon Regelsberger krit. Vjschr. Bd. 13 S. 103.

gegangen.[1] Daher stammt auch die Struktur des Kaufes, dass mit dem Abschluss des Kaufvertrages jeder der Kontrahenten einen selbständigen und klagbaren Anspruch auf die ihm versprochene Leistung erhält.[2] Jedoch muss ich insofern ein wenig von Bechmann und Dernburg abweichen, als diese die beiden (selbständigen) Klagen als auf dem Versprechen des andern Teiles beruhend ansehen, während ich dies nur für die spätere Zeit zugeben zu können glaube. Ursprünglich jedoch (als die Sache wirklich perfecta emtione venditione in das Vermögen des Käufers [resp. Verkäufers] überging), waren die Klagen des Verkäufers auf den Kaufpreis und des Käufers auf die Ware Restitutionsansprüche, nur Klagen des Eigentümers gegen den Detentor.[3]

---

1. Wir dürfen uns dabei jedoch nicht zu demselben Fehler verleiten lassen, den Goose, Jahrb. f. Dogm. Bd. IX S. 208, begeht, indem er sagt, dass beim mehrfachen Verkauf einer Sache durch dieselbe Person ein Verkauf einer fremden Sache vorliege, denn „mit der Perfektion des ersten Vertrages hat sie (die Sache) das Vermögen des Verkäufers verlassen.“ Dies wäre falsch; denn das Eigentum geht erst mit der Tradition über. Richtig ist nur, dass nachher, zur Feststellung der beiderseitigen Verpflichtungen, fingiert wird, die Sache habe damals bereits das Vermögen des Verkäufers verlassen; damit wird die Sache selbst in ihrem Verhältnis zu Dritten noch lange nicht zu einer res aliena. In dieser Weise spricht sich auch l. 5 § 2 D. de resc. vend., 18, 5 aus:

mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor liberetur, et emtori homo pereat.

2. S. Bechmann, Kauf I S. 543, Dernburg, P. Bd. II § 20, vgl. auch oben S. 25 Anm. 4.

3. Davon finden sich auch noch einzelne Spuren, so bei Varro de re rustica II 2 § 6: (venditor pote emptorem damnare), si non reddit pretium. Ferner noch in l. 5 C. de act. emti 4, 49: curabit praeses provinciae compellere emtorem . . ., partem pretii . . . restituere. Auch in l. 38 § 8 D. de usur. 22, 1: ex causa etiam

Uebrigens waren sich wahrscheinlich die Römer selber nicht mehr des Ursprunges des Satzes „periculum est emtoris" und der zur Aufrechterhaltung desselben notwendigen Fiktion (dass die Sache bereits in das Vermögen des Käufers übergangen sei) bewusst.

§ 2a.

Die Miets- und Pachtgelder, welche der Schuldner auf Grund eines vor Begründung der Schuld geschlossenen Kontraktes aus der Sache gezogen hat.

An dieser Stelle wollen wir auch die Frage erörtern, ob der Gläubiger einen Anspruch auf die Miets- und Pachtgelder habe, welche der Schuldner auf Grund eines vor Entstehung der Schuld geschlossenen Kontraktes aus der Sache gezogen hat.

Die Behandlung der Frage des Anspruches auf die Miets- und Pachtgelder überhaupt gehört, wie Mommsen[1] nachgewiesen hat, zur Lehre vom stellvertretenden commodum. Dies ist klar für die Pachtgelder. Sie „erscheinen bei einer oberflächlichen Betrachtung allerdings nur als ein accessorisches commodum." Aber sie haben „keineswegs diese Natur . . ., sondern (sind) vorzugsweise als ein Aequivalent für die Früchte zu betrachten."[2] Die Grundsätze über das stellvertretende commodum gelten aber nicht nur für den Gewinn, der an die Stelle des Hauptgegenstandes der Obligation tritt, sondern auch für den an die Stelle eines Nebengegenstandes tretenden.[3]

emtionis fructus restituendi sunt. Ebenso l. 16 C. de act. emti 4, 49: post perfectam venditionem foetus ... pecorum emtori restitui debere. l. 13 § 18 D. de act. emti 19, 1: si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet.

1. A. a. O. S. 124 fg.

2. Vgl. auch schon Ihering a. a. O. S. 64: „Enthält doch die Verpachtung ihrem Zwecke nach .... weiter nichts als einen Verkauf zukünftiger Früchte."

3. Mommsen a. a. O. S. 111 und S. 125.

Mommsen giebt zu, dass der genannte Gesichtspunkt nur für die eigentliche Pacht passe, nicht für die sogen. Miete; indessen behandelt er trotzdem, wie wir es auch thun wollen, die letztere an derselben Stelle mit. Ich meine aber, dass auch bei der Miete jener Gesichtspunkt Anwendung finden muss; denn wie die Verpachtung einer Sache den Bezug ihrer Früchte unmöglich macht, da sie so viel als einen Verkauf der Früchte bedeutet, so verliert durch die Vermietung der Vermieter das ihm zustehende Recht auf Benutzung der Sache und überträgt es auf den Mieter. Das eingenommene Mietsgeld ist also insofern ein stellvertretendes commodum, als es einen Ersatz für die dem Schuldner entzogene Benutzung bildet.

Wir haben es an diesem Orte nur mit derjenigen Vermietung und Verpachtung zu thun, welche vor Begründung der Obligation vorgenommen wurde, also mit solchen Fällen, wo die Sache schon vermietet oder verpachtet war, als die Obligation entstand.

Gemäss unserer Aufgabe beschäftigen uns nur diejenigen Miets- oder Pachtgelder, die der Schuldner zur Zeit der Leistung der Sache an den Gläubiger schon wirklich gezogen hat, resp. die ihm damals zustanden, d. h. die damals fällig geworden waren; auszuscheiden haben wir aus dem Kreis unserer Betrachtung diejenigen, die der Mieter auf Grund des Mietsvertrages erst später zu zahlen verpflichtet sein wird.

1) Beschäftigen wir uns zunächst mit den Pachtgeldern. — Die Frage, ob der Gläubiger einen Anspruch auf die vom Schuldner aus der Sache gezogenen Pachtgelder habe, müssen wir von dem allgemeinen Prinzip des stellvertretenden commodum aus beantworten, und zwar müssen wir sie verneinen. Denn hinsichtlich des Ereignisses, das die Unmöglichkeit der Leistung (nämlich der Leistung der Früchte) herbeiführte, trägt der Schuldner und nicht der Gläubiger die Gefahr, was als selbstverständ-

lich erscheint, da das Ereignis ja geschah, ehe sie überhaupt in eine obligatorische Beziehung zu einander traten. Jedoch werden die Rechte des Gläubigers durch die Verpachtung in keiner Weise alteriert, er kann also, da die Sache eine fruchttragende ist, vom Schuldner unter Umständen die gezogenen[1] Früchte bezw. sein Interesse an ihnen, also in der Regel ihren Wert verlangen.

2) Zu demselben Resultat müssen wir bei der sogen. Miete kommen; jedoch führt uns hier auch noch ein anderer Gesichtspunkt dazu: Wie wir gesehen haben, ist das eingenommene Mietsgeld insofern ein stellvertretendes commodum, als es einen Ersatz für die dem Schuldner entgangene Benutzung der Sache bildet. Die Benutzung bis zur Leistung der Sache an den Gläubiger hat aber der Schuldner diesem gar nicht zu prästieren, also braucht er ihm auch unter keinen Umständen das stellvertretende commodum herauszugeben, das er dafür erhalten hat, dass er das Recht der Benutzung auf einen anderen übertragen hat.

Dernburg[2] spricht dem Käufer[3] ganz allgemein die Miets- und Pachtgelder zu, indem er sich auf l. 13 § 13 D. de a. e. v. 19,1 beruft.

item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur.

In l. 13 § 11 D. eod. dagegen:

---

1. D. h. die zwar nicht vom Schuldner, aber von dessen Pächter gezogenen.

2. Pandekt. Bd. II § 98 Anm. 5 (S. 267).

3. Der Kauf ist der einzige Fall, wo die Frage praktisch wird, da sonst überall, wo der Schuldner die Sache vermietet oder verpachtet hat, entweder eine Geschäftsführung vorliegt oder die Handlungsweise des Schuldners als solche aufgefasst werden kann, wie dies ja auch dort, wo die Vermietung oder Verpachtung erst nach Entstehung der Obligation vorgenommen wurde, stets der Fall ist. Vgl. auch oben, S. 32 fg.

si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat; idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur,

will er nur eine Entscheidung für bereits verfallene, d. h. zur Zeit des Verkaufes rückständige Mietszinsen sehen. Dieses letztere mag richtig sein; aber es berechtigt uns noch nicht zu einem argumentum a contrario; und mit demselben Rechte können wir annehmen, dass in l. 13 § 13 cit. nur von solchen Vermietungen die Rede ist, welche erst **nach** Abschluss des Kontraktes vor sich gegangen sind. Hierfür spricht auch der vorhergehende § 12 eod., wo von einem (widerrechtlichen) Schaden die Rede ist, welcher der Sache zugefügt ist und wofür der Verkäufer dem Käufer die actio zu prästieren hat; zweifellos aber handelt es sich dabei um eine Beschädigung, welche erst nach Perfektion des Kaufertrages eingetreten ist.

sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti Quod vi aut clam.

Auch im übrigen vermag ich die Bedenken **Dernburgs** nicht zu teilen. „Sollte der Käufer eines Schiffes . . . auf die Schiffsfrachten keinen Anspruch haben, wenn die Verträge vor dem Verkauf mit den Befrachtern geschlossen waren, die Befrachtung und die Seefahrt aber erst nach dem Verkaufe erfolgte?“ Ich meine, dass der Käufer hier keine Benachteiligung zu fürchten hat, denn auf Grund des Kaufes kann er ja die Sache ohne irgend welche Einschränkung verlangen, und Sache des Verkäufers ist es, sich mit den Befrachtern aus einander zu setzen. Ist aber dem Käufer beim Kaufe die Vermietung bekannt gewesen, so wird er dies bei Bemessung des Kaufpreises in Rücksicht gezogen haben. Dies ist auch in l. 13 § 11 vorgesehen:

nisi si quid nominatim convenisse proponatur.

B, Diejenigen Vorteile, welche der Schuldner gezogen hat, ohne die Leistung zu beeinträchtigen.

Vorbemerkung.

Der Gewinn, den der Schuldner aus der geschuldeten Sache erlangt hat, ohne dass gleichzeitig die (gänzliche oder teilweise) Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist, bildet das sogen. accessorische commodum.[1] Dasselbe kann ganz in die geschuldete Sache aufgehen, es kann aber auch neben derselben ein selbständiges Bestehen haben. Mit der ersteren Art haben wir in der vorliegenden Abhandlung nichts zu thun, da sie niemals Vorteile bilden kann, die der Schuldner aus der Sache „gezogen hat (oder hätte ziehen können)"; denn wenn der Gewinn untrennbar mit der Sache verbunden ist, so ist ein „Ziehen" desselben unmöglich, da zum Ziehen des Gewinnes gerade gehört, dass er von der Sache losgelöst ist und als selbständiger Teil in das Vermögen des Berechtigten gelangt.

Auszuscheiden haben wir ferner die Betrachtung darüber, ob der Fideicommissar und der Erbschaftskäufer Anspruch auf die dem Erben accrescierende Erbportion haben.[2] Denn in Wahrheit bildet die letztere gar nicht Vorteile aus der geschuldeten Sache, sie bildet gar keine „juristische Accession", wie Ihering meint.[3] Denn wenn man auch sagt „portio accrescit portioni", so bedeutet dieser (im übrigen nicht quellengemässe) Ausdruck doch nicht, dass die Summe der einzelnen Aktiva und Passiva der Summe der Aktiva und Passiva, die dem Erben bereits

1. Der Ausdruck stammt von Mommsen a. a. O. S. 2.

2. Dieselbe Frage wie beim Erbschaftskauf liegt natürlich dann vor, wenn der Legatar sein Legat verkauft hat und ihm nun ein anderes Legat accresciert, wie z. B. in l. 26 § 1 D. de cond. et demonstr. 35, 1.

3. A. a. O. S. 9 fg.

zugefallen ist, accresciert; eine solche Vorstellung wäre überhaupt ganz unmöglich. Vielmehr kann der Satz nur bedeuten: Das Recht auf den betreffenden Teil der Erbschaft (auf die „Portion") accresciert dem Recht auf den anderen, womit gesagt werden soll, dass es dem oder den jeweiligen Trägern dieses Rechtes zufällt.[1] Der Schuldner zieht also die Vorteile nur aus seinem persönlichen Rechte.[2]

1. Die Quellen sagen dies ja auch ganz ausdrücklich. l. 2 § 8 D. de bonor. poss. s. t. 37, 11: heredi ... accrescit. l. 26 § 1 D. de cond. et demonstr. 35, 1: accrescit etiam heredi eius (sc. legatarii sive heredis). l. 31 D. de acqu. vel om. hered. 29, 2.

2. Somit ergiebt sich mit Bestimmtheit, dass weder der Fideikommissar noch auch der Erbschaftskäufer einen Anspruch auf eine dem Schuldner accescierende Erbportion machen kann. Denn was zunächst den Erbschaftskauf angeht, so hat das römische Recht auf das bestimmteste anerkannt, dass der Verkauf nicht Universalsuccession in das Erbrecht, sondern Singularsuccession, und zwar auch nur in Bezug auf die Aktiva, bewirke. l. 2 C. de hered. vend. 4, 39.

Beim Fideikommiss steht es ebenso. Auch hier folgt der Fideikommissar nicht als Universalsuccessor, in das (Erb-)Recht des Fiduciars, sondern als Singularsuccessor, teils überhaupt nur in die Aktiva, sowie beim Erbschaftskauf, teils (ex Sc. Trebelliano) in die Aktiva und Passiva.

Nur in dem Falle haben der Fideikommissar wie der Erbschaftskäufer einen Anspruch, wenn dies dem Willen des Erblassers bezw. der Parteien zu entnehmen ist. Liegt eine derartige Absicht beim Erbschaftskaufe vor, so würde der letztere seinem Inhalte nach sich darstellen als ein Kauf der vorhandenen Erbschaft verbunden mit einer emptio spei.

Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 67 fg., der zu demselben, Ihering, a. a. O. S. 9 fg., der zu dem entgegengesetzten Resultat kommt. — Im übrigen vgl. Dernburg, Pandekten III § 122 Anm. 9, § 168 Anm. 12; Avenarius, der Erbschaftsverkauf 1877 S. 58, und die von diesem Angeführten.

Wir werden im folgenden zuerst fragen, wo, d. h. bei welchen Obligationen überhaupt ein Anspruch des Gläubigers auf ein solches lucrum perceptum möglich ist; sodann werden wir erörtern, ob dort, wo ein solcher Anspruch möglich ist, jedes lucrum oder nur eine gewisse Art dem Gläubiger zufällt.[1]

§ 3.

a) Wo (bei welchen Obligationen) hat der Gläubiger darauf Anspruch?

Fragen wir nach den Obligationen, bei welchen der Gläubiger einen Ansprnch auf Vorteile hat, die der Schuldner aus der Sache gezogen hat, ohne dass dadurch die Leistung derselben unmöglich geworden ist, so müssen wir die verschiedenen Arten von Obligationen aus einander halten, nämlich diejenigen, die auf die Leistung,[2] und diejenigen, die auf die Restitution einer Sache an den Gläubiger gerichtet sind.

A. Handeln wir von jenen, den Leistungsobligationen[3] zuerst, und zwar zunächst von dem Hauptfall derselben, vom Kaufvertrage.

1) Beim Kaufvertrage geben uns die Quellen die unzweideutigste Auskunft, dass der Gläubiger einen Anspruch anf Vorteile habe, die der Schuldner von der Zeit der Perfektion des Kaufvertrages an gezogen hat. l. 1 C. de peric. et comm. 4,48. post perfectam venditionem

1. Diese Einteilung geschieht nach Mommsen, a. a. O. S. 26, 53.

2. „ad id consequendum, quod meum non fuit", l. 38 § 7 D. de usuris 22, 1.

3. Bei den Obligationen auf eine Leistung kommen natürlich auch nur individuell bestimmte oder wenigstens alternativ individuell bestimmte Sachen, nicht generisch geschuldete in Betracht, da sonst von einem hinzutretenden commodum nicht die Rede sein kann.

omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet.

l. 4 § 4 D. de in diem add. 18,2.

fundo . . . in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet.

Für die Früchte allein spricht dasselbe l. 13 C. de act. emti 4,49 aus:

fructus post perfectum iure contractum emtoris personam spectare convenit.

Aehnlich sagt l. 2 §1 D. de in diem add. 18,2:

ubi igitur . . . pura venditio est, . . . hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et acecessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.

Aus l. 13 C. cit. folgt auch, dass beim imperfekten Kaufvertrag der Käufer den Gewinn nicht verlangen kann. Ausgesprochen ist dies noch für den bedingten Kauf in l. 4 pr. D. de in diem add. 18,2:

ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius... fructus ad eum (sc. emtorem) pertinere.

Nicht zum bedingten Kauf gerechnet wird aber der Kauf, der auf einen bestimmten Termin abgeschlossen ist, so jedoch, dass beim Eintreten einer bestimmten (Resolutiv-) Bedingung der Kauf aufgehoben wird, z. B. wenn jemand bis zum bestimmten Tage dem Verkäufer ein grösseres Gebot macht. Dieser Kauf wird vielmehr als venditio pura angesehen und behandelt. Neben den bereits angeführten Stellen verweise ich diesbezüglich noch auf l. 1, l. 2 D. de in diem add. 18,2:

in diem addictio ita fit: „ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.“ —

quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emtio, quaestionis est. et mihi videtur verius,

interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura venditio, quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior condicio offeratur, erit emtio condicionalis. § 1. ubi igitur . . . pura venditio est etc.

Wir haben oben[1] die Ansicht vertreten, dass die Gefahr deshalb nach dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, weil es so angesehen wird, als ob die Sache schon in das Vermögen des Käufers übergegangen wäre. Der Grund, aus dem der Käufer die vom Verkäufer gezogenen Vorteile erhält, ist derselbe.[2] Dafür spricht auch l. 13 § 17 D. de act. emti 19,1:

aequum est . . . , eandem esse condicionem emtoris, quae futura esset, sie cum ipso actum communi dividundo.[3]

1a) Beim alternativen Kauf steht nicht ausser Frage, ob der Käufer, wenn der Verkäufer aus der einen der beiden (oder mehreren) bestimmten Sachen Vorteile gezogen hat, und der Teil, der das Wahlrecht auszuüben hat, gerade diese Sache wählt, — ob dann der Käufer einen Anspruch auf die gezogenen Vorteile hat. Ich nehme hier das Beispiel, das Mommsen anführt:[4] A. hat dieses oder jenes bestimmte Pferd verkauft; vor der Wahl wirft das eine dieser Pferde Füllen. Der Verkäufer hat das Wahlrecht und wählt das Pferd, welches das Füllen geworfen hat. Muss er dies letztere mit leisten? Mommsen verneint die Frage. Ich muss mich jedoch zum Gegenteil bekennen.

1. S. 36 fg. — Vgl. auch Mommsen, a. a. O. S. 29 a. E. fg.

2. Der Käufer erhält also das commodum nicht deswegen, weil er die Gefahr trägt.

3. Es ist an dieser Stelle von dem Fall die Rede, wo jemand sein Miteigentum an einer Sache verkauft, und vor Erfüllung des Vertrages der Miteigentümer die actio communi dividundo anstrengt.

4. A. a. O. S. 31 a. E.

Denn die ganze Lehre, dass dem Käufer das commodum wie das incommodum, das der Sache nach der Perfektion des Vertrages vor der Tradition zuteil wird, zufällt, beruht, wie wir oben gesehen haben, auf der nachträglichen Fiktion, dass der Käufer die Sache vom Abschlusse des Kontraktes an schon im Vermögen gehabt habe. Die Erklärung haben wir in der historischen Entwicklung des Kaufes gegeben, der anfangs ein Kauf Zug um Zug war. Aus demselben Grunde müssen wir diese Fiktion auch auf den Fall übertragen, wo zwar mehrere Sachen schon alternativ bestimmt sind, aus diesen aber die wirklich zu leistende erst eine Zeit nachher fixiert wird. Denn ursprünglich wurde auch beim alternativen Kauf sofort tradiert: der Verkäufer legte dem Käufer die beiden Sachen vor und sagte: „Nimm dir hiervon welche dir passt!“ und der Käufer entschied sich sofort und nahm die Sache sofort entgegen; oder, wenn der Verkäufer die Wahl hatte, ist es so zu denken, dass der Käufer auf die beiden Sachen zeigte und sagte: „Von diesen Sachen gieb mir eine!“ und der Verkäufer wählte sofort und tradierte sofort.

Gegen unser Resultat scheint l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18,1 zu sprechen:

> si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus,“ in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. sed uno mortuo, qui superest, dandus est; et ideo *prioris periculum ad venditorem*, posterioris ad emptorem *respicit*; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur, unus enim utique periculo emptoris vixit. idem dicendum est, etiamsi emptoris fuerit arbitrium, quem vellet habere.

Danach soll also der Verkäufer, der die Wahl hat, dieses Recht verlieren, wenn die eine Sache untergegangen ist, und er soll verpflichtet sein, die *andere* zu leisten. Die Gefahr der untergegangenen Sache trägt er, die der übrig gebliebenen der Käufer. Gehen *beide* Sachen zu Grunde,

so muss der Käufer, ohne eine Gegenleistung zu erhalten, den Kaufpreis zahlen, eben weil er für die zweite Sache die Gefahr trug, nachdem durch den Untergang der ersten die Obligation auf die zweite fixiert wurde.

Der Widerspruch mit unserer Lehre ist jedoch nur scheinbar. Denn, wie bemerkt, wird fingiert, dass der Käufer bereits vom Abschluss des Vertrages an dominus der Sache gewesen sei. Diese Fiktion tritt aber erst dann ein, wenn die Sache gewählt ist, und geleistet werden soll und es sich nun darum handelt, festzustellen, was der Käufer zu erhalten hat. Ist die Sache bereits vor der Wahl untergegangen, so ist selbstverständlich unmöglich, dass fingiert wird, der Käufer habe vom Vertragsabschlusse an die untergegangene Sache in seinem Vermögen gehabt; insofern respicit prioris rei periculum ad venditorem. Ausserdem aber würde es sich mit den Anforderungen der bona fides nicht vertragen, dass der Verkäufer nun die untergegangene Sache wählen könne, also den Kaufpreis verlangen darf, aber selbst nichts zu leisten braucht.

Unser Resultat, dass auch bei einem alternativen Kauf der Käufer Anspruch auf die Vorteile habe, die der Verkäufer aus der hinterher gewählten Sache gezogen hat, steht auch mit inneren Gründen nicht in Widerspruch. Steht dem Verkäufer das Wahlrecht zu, so wird er die Sache, aus welcher er grosse Vorteile gezogen hat, die er also mit herausgeben müsste, entschieden nicht wählen; er hat also hier keinen besonderen Schaden durch die Bestimmung. Hat dagegen der Käufer die Wahl, so haben die Parteien ja von vornherein beabsichtigt, diesen in eine bessere Lage zu setzen als den Verkäufer; und wäre der Kauf nicht alternativ abgeschlossen, sondern wäre gleich die Sache (welche nacher die Vorteile abgeworfen hat) bestimmt (also wäre der Käufer noch nicht einmal in diese bessere Lage gesetzt), so würde er ja auch den Gewinn erhalten. Die Anschauung dagegen, die Mommsen vertritt, wonach

das commodum ihm nicht zu leisten ist, kommt zu logischen Schwierigkeiten und uneleganten Auffassungen. Erstens würde, wie eben hervorgehoben, der Käufer dann, wenn ihm durch den Vertrag bessere Bedingungen gewährt sind (nämlich das Wahlrecht), schliesslich im Erfolg oftmals (wenn die Sache Gewinn gebracht hat) schlechter gestellt. Sodann aber: Ist von beiden, alternativ bestimmten Sachen die eine untergegangen, so erhält der Käufer die andere Sache, und zwar mit derselben ihr commodum; ist jedoch nicht die erste Sache untergegangen, und der Teil, dem die Wahl zusteht (also vielleicht der Käufer selbst), wählt die gewinnbringende, so soll er, nach jener Theorie, auf diesen Gewinn keinen Anspruch haben. M. a. W.: das ganz zufällige Ereignis (das noch dazu sachlich eine Schädigung herbeiführte) soll den Einfluss ausüben, dass plötzlich der Käufer besser gestellt wird, als er es vorher wäre!

2) Anders als beim Kaufvertrag ist es bei der Stipulation. Hier hat der Gläubiger keinen Anspruch auf die Vorteile, die der Schuldner aus der stipulierten Sache gezogen hat.

l. 38 § 7 D. de usuris 22,1 . si actionem habeo ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar.[1]

1. Damit ist zu vergleichen l. 78 § 1 D. de v. o. 45, 1: quum fundum stipulatus sum, non veniunt fructus, qui stipulationis tempore fuerint.

Dass hier Früchte gemeint sein könnten, die zur Zeit der Abschliessung des Kontraktes in den Scheunen des Landgutes lagerten, halte ich für ausgeschlossen. Denn abgesehen davon, dass der Satz dann ganz trivial wäre, da dies ebenso selbstverständlich ist, wie, dass jemand, der ein Haus verkauft, nicht den Mietszins mitverkauft, den er aus dem Hause gezogen hat und der sich noch in seinem Geldschrank im Hause befindet, abgesehen davon spricht die Aus-

l. 4 § 1 D. de usuris 22,1 . si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquid per servum venditori acquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur.

2a). Zweifel können bestehen, ob dies nicht ausschliesslich für den Fall gilt, wo die Stipulation auf ein certum geht, und ob nicht für den Fall, wo sie auf ein incertum gerichtet ist, etwas Anderes anzunehmen sei. Die Quellen widersprechen sich hier, indem in l. 3 § 1 D. de act. empti 19,1 Pomponius dem Gläubiger einen Anspruch auf die Früchte abspricht, Papinian dagegen in l. 4 pr. D. de usuris 22,1 ihm dieselben zuspricht.

l. 3 § 1 D. de act. empti 19,1. [Pomponius]. si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur; nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur neque rursus plus

drucksweise der lex dagegen, die einfach von Früchten redet, „qui (tum) fuerint".

Auch Mommsens Ansicht, der darin Früchte erblickt, „die zur Zeit der Abschliessung des Kontraktes noch pendentes waren, nachher aber geerntet sind", kann ich nicht völlig beipflichten.

Vielmehr sind höchstwahrscheinlich nur die Früchte gemeint, die zur Zeit der Stipulation zwar schon zur Ernte reif waren, sich aber noch auf dem Halme, auf dem Baume u. s. w. befanden. Jedoch ist die Stelle kein klarer Beweis für den im Text ausgesprochenen Satz, da er nichts enthält, was zu der Annahme zwingt, dass auch für diejenigen Früchte dasselbe gilt, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages noch nicht zur Ernte reif waren (noch nicht „fructus erant"), oder die überhaupt erst später existent wurden (z. B. das Obst auf den Obstbäumen). Das in l. 78 § 1 cit. Gesagte könnte ebenso gut darauf beruhen, dass gerade für diejenigen Früchte, die schon reif waren, aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme statuiert wird.

debet esse in stipulatione, sed ex empto superesse ad fructuum praestationem.

l. 4 pr. D. de usur. 22,1. [Papinianus]. si stipulatus sis, rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet.

Wir müssen notgedrungen hier einen Widerspruch der Quellen zugeben; denn selbst wenn wir Mommsens[1] Erklärung annähmen, nämlich dass möglicherweise Pomponius „nur deshalb dem Stipulator in dem gedachten Fall einen Anspruch auf das commodum absprach, weil er die stipulatio vacuam possessionem tradi nicht als eine auf ein incertum gerichtete Stipulation ansah", selbst dann würden wir nur einen Widerspruch durch einen andern gelöst haben. Denn es käme darauf hinaus, dass Papinian die stipulatio vacuam possessionem tradi für eine auf ein incertum gerichtete Stipulation ansah, Pomponius dagegen nicht.

Wir müssen darum unsere Frage, ob in dem behandelten Falle der Gläubiger auf das lucrum perceptum einen Anspruch habe, aus inneren Gründen entscheiden: Es ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger bei einer Stipulation auf ein incertum besser gestellt sein solle, als in dem Falle, wo sie auf ein certum geht. Die Verabredung der Kontrahenten, dass die genaue Bestimmung des Leistungsgegenstandes erst durch diesen oder jenen Umstand erfolgen solle, kann doch niemals auf ihr Rechtsverhältnis einen derartigen Einfluss ausüben, dass der Schuldner dadurch zu grösserer Leistung gezwungen wird.

Also ist dem Gläubiger der Anspruch auf das besagte commodum bei jeder Art Stipulation zu versagen. Ist aus dem Willen der Parteien etwas anderes zu entnehmen, so hat natürlich dieses Geltung; ihre Ab-

1. A. a. O. S. 34.

sicht können sie auch in der Stipulation selbst zum Ausdruck bringen, durch Einschiebung des Wortes „recte“ in die Formel.

l. 73 D. de V. S. 50,16. haec verba in stipulatione posita: „eam rem recte restitui“, fructus continent; „recte“ enim verbum pro viri boni arbitrio est.

3) In Betreff des Dotalversprechens verfügt Justinian, dass vom promissor (extraneus), wenn die dos zwei Jahre nach dem Beginn der Ehe noch nicht geleistet ist, von diesem Zeitpunkte an Zinsen und Früchte beansprucht werden können. Dies besagt, dass aus dem Dotalversprechen an sich Früchte und Zinsen nicht zu prästieren sind.

l. 31 § 2 C. de iure dot. 5,12. praeterea sancimus, si quis in dotem vel praedia vel certum reditum vel aedes vel panes civiles spoponderit vel promiserit, si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum vel pensionum nec non panis civilis quaestum eum praestare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditae; et si tota dos in auro sit, itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimae praestari etc.

4) Bei der Vermächtnisforderung hat der Gläubiger an sich ebenfalls keinen Anspruch auf das lucrum, vielmehr erst mit der mora und der litis contestatio. Dies gilt sowohl dort, wo es sich um Legate, als auch, wo es sich um Fideicommisse handelt, Universalfideicommisse nicht minder als Singularfideicommisse. So sagt uns Paulus in l. 23 D. de leg. I (30):

si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis.

Vom Singularfideicommiss wird es uns in l. 8 D. de usuris 22,1 bezeugt:

equis per fideicommissum relictis post moram foetus

quoque praestabitur ut fructus, sed foetus secundus ut causa, sicut partus mulieris.[1]

Vom Universalfideicommiss wird der Grundsatz ausgesprochen in l. 83 pr. de leg. III (32):

quod his verbis relictum est: „quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit, quum morieris, restituas", **fructus**, quos heres vivus percepit, item quae fructuum vice sunt, **non venire** placuisse.

Von der durch einen, zu restituierenden, erbschaftlichen Sklaven erlangten Erbschaft heisst es in l. 27 § 1 D. ad SC. Trebell. 36,1:

non magis hanc hereditatem in restitutionem venire quam quod servus hereditarius post aditam hereditatem stipulatus fuisset, et per traditionem accepisset, aut fructus, qui ex rebus hereditariis percepti fuissent.[2]

Nach diesen Einzelerörterungen (inbetreff des Kaufes, der Stipulation u. s. w.) müssen wir zusehen, ob sich aus ihnen ein **allgemeines Prinzip** entnehmen lässt.

Mommsen[3] ist der Ansicht, es komme darauf an, ob das Forderungsrecht des Gläubigers auf einer causa onerosa oder einer causa lucrativa beruhe.[4] Bei jener müsse man dem Gläubiger das commodum zusprechen, bei dieser es ihm verweigern. Demgemäss gelte das beim Kaufvertrag als Resultat gewonnene auch beim Tauschvertrag und den übrigen Fällen, in denen eine causa onerosa vorliegt, das vom Dotalversprechen Gesagte auch von der Schenkung.

1. Ebenso l. 39 D. eod.: equis per fideicommissum legatis **post moram** heredis foetus quoque debentur.

2. Neben diesen im Text citierten Stellen dienen noch als Belege l. 26 D. de leg. III (32), l. 24 § 2 D. ad leg. Falcid. 35, 2 l. 4 C. de usur. et fruct. 6, 47, l. 18 pr., l. 25 § 3, l. 63 § 4 D. ad SC. Trebell. 36, 1.

3. A. a. O. S. 35, S. 41 fg.

4. Ebenso **Windscheid**, Pandekten Bd. II § 327 n. 6.

Ich kann diesen Unterschied nicht für das Entscheidende halten, zumal bei einer solchen Teilung die Stipulation gar keinen Platz findet, da sie sowohl auf einer onerosen als auch einer lukrativen causa beruhen kann. Vielmehr ist meiner Ansicht nach das Prinzip dieses: dass im allgemeinen das lucrum perceptum dem Gläubiger nicht gewährt wird. Nur beim Kauf ist eine Ausnahme gemacht; und diese Ausnahme erklärt sich wiederum aus der historischen Entwicklung, wie wir sie mehrfach besprochen haben,[1] infolge deren die Sache so angesehen wird, als sei sie bereits mit der Perfektion des Kontraktes in das Vermögen des Käufers übergegangen. Für die anderen Obligationen (z. B. das Dotalversprechen) können wir allerdings ebenfalls so fingieren, aber wir haben nichts, das diese Fiktion begründet, und die Römer haben es in der That auch nicht gethan.

So erhalten wir denn als Resultat, das im praktischen Erfolge freilich ungefähr mit dem von Mommsen gewonnenen übereinstimmt: Der Gläubiger hat, was die Obligationen angeht, die auf die Leistung einer ihm bisher fremden Sache gerichtet sind, nur beim Kauf[2] einen An-

1. S. 37 fg., 48.

2. Mommsen, a. a. O. S. 42, nimmt an, dass das vom Kauf Gesagte auch für den Tausch und Vergleich Geltung haben müsse. (Vgl. gegen ihn Petražycki, Lehre vom Eink. Bd. II S. 50, welcher jedoch nur Mommsens Begründung zurückweist, ohne seinerseits das Gegenteil zu beweisen.)

Für den Tausch ist die Frage, ob lucrum (und periculum) wie beim Kauf mit Abschluss des Vertrages auf den Gläubiger übergehen oder bis zur Tradition beim Schuldner verbleiben, sehr bestritten (für die erstere Ansicht u. a. Dernburg, P. Bd. II § 103).

Man könnte eine völlige Gleichstellung des Tausches mit dem Kaufe aus folgendem ableiten wollen: Der Kauf ist aus dem Tausch entstanden; ursprünglich gab es überhaupt nur den Tausch, und der Kauf in seinen Anfangsformen ist weiter nichts als ein Tausch

spruch auf die vom Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogenen Vorteile, sonst nicht.

(Zahlung des pretium erst pecus [pecunia], dann rauduscula, die zugewogen werden). Wenn man nun annimmt, dass beim Kauf der Uebergang der Gefahr auf den Käufer bereits mit dem Vertragsabschlusse darin seinen Entstehungsgrund hat, dass der Kauf ursprünglich ein Kauf Zug um Zug war, infolge dessen der Anspruch des Verkäufers auf das pretium und der des Käufers auf die Ware, wofern sie dieselben nicht sofort an sich nahmen, eigentlich Restitutionsansprüche waren, so muss man, könnte man meinen, dies für den Tausch erst recht annehmen, da die dem Kaufe eigentümliche Lehre von der Leistung des lucrum und vom Uebergange der Gefahr ein demselben noch anhaftender Rest seiner Entwickelung ist, d. h. seiner Entwickelung aus den Uranfängen, wo er ja eben nichts als Tausch war. Ausserdem mache es begrifflich gar keinen Unterschied, ob das gezahlte pretium in Geld oder ob es ebenfalls in einer Ware besteht (Tausch).

In der That jedoch würde eine solche Begründung nicht richtig, vielmehr die gegenteilige Ansicht zutreffend sein. Denn allerdings ist der Kauf aus dem Tausch entstanden. Aber beide haben schon frühe eine ganz verschiedene Entwickelung genommen: Der Kauf wurde ursprünglich, als er noch Realvertrag war, auch nur perfekt durch Geben und Nehmen. Dann aber betrachtete man die Sache als bereits wirklich gegeben und genommen, auch wenn die Tradition äusserlich garnicht manifestiert wurde, wenn sie der Verkäufer behielt; man sah den letzteren dann als Detentor für den Käufer an, welcher seinerseits danach Besitz durch constitutum possessorium erlangt hatte. Allmählich verlor sich diese Anschauung, man sah die später erfolgende Uebergabe nicht mehr als Restitution der Sache durch den Detentor, sondern als eigentliche Tradition, als Erfüllung der Leistungspflicht an, indem man den Kauf zum Konsensualvertrag machte, zu einem Vertrag, der bereits perfekt wird durch den nudus consensus der Parteien. Die eigentümliche Lehre vom Uebergange der Gefahr und des lucrum hat sich aber als Reminiscenz erhalten, als Reminiscenz aus der Zeit, wo die Erfüllung durch den Verkäufer die Erfüllung einer Restitutionspflicht war. — Der Tausch dagegen hat diese ganze Entwickelung nicht durchgemacht;

B. Nunmehr wollen wir diejenigen Obligationen in Bezug auf den Anspruch des Gläubigers auf das lucrum perceptum untersuchen, welche auf eine Restitution gerichtet sind.[1] Eine solche Restitutionspflicht kann ihren Grund in den verschiedensten Rechtsverhältnissen haben, die zu restituierende Sache kann der Schuldner vom Gläubiger empfangen haben, er kann sie auch für ihn empfangen haben, es kann auch keines von beiden der Fall sein (z. B. bei der condictio sine causa); der Schuldner kann ferner nur Besitzer, Detentor, oder er kann Eigentümer der Sache geworden sein.

1) Gehen wir zunächst zu dem Fall über, wo der Schuldner die zu restituierende Sache nur zum Besitze, zur

er ist im römischen Recht noch anf der ersten Stufe stehen geblieben, er hat im römischen Recht noch nicht einmal die Stufe erreicht, wo er zwar noch Realvertrag ist, aber die Sache bereits als durch constitutum possessorium in den Besitz und damit in das Eigentum des Gläubigers übergegangen angesehen wird. Denn noch im justinianischen Rechte finden sich Aussprüche, welche auf das Bestimmteste sagen, dass beim Tausch durch den nudus consensus keine Obligation erzeugt werde (l. 1 § 2 D. de rer. permut. 19, 4, l. 3 C. de rer. permut. 4, 64). Unzweifelhaft aber hätten die Stellen anders gelautet, wenn durch den nudus consensus zwar keine Leistungsobligation entstehen würde, wohl aber Besitzübergang, durch constitutum possessorium (und damit Erfüllung des Realkontraktes, also Eigentumsübergang), und somit eine Restitutionsobligation.

Ebenso, wie beim Tausch, steht es beim Vergleich, welcher ebenfalls im römischen Recht reiner Realvertrag geblieben ist. Auch hier sagen uns die Quellen: ex nudo placito actio non nascitur (l. 21 C. de pact. 2,5, l. 17, 28 C. de transact 2, 4).

1. Hier kann, dem Begriffe nach, der Gegenstand der Obligation natürlich auch in fungiblen Sachen bestehen, vor allem in Geld. Z. B. ich gebe meinem Mandatar 5000 Mark mit dem Auftrage, sie auszuleihen; und der Mandatar legt das Geld fünfprozentig an. — Doch s. § 4 2b!

Detention, erlangt hat. Hier haben wir zwei Arten zu unterscheiden:

a) Dem Schuldner ist die Sache lediglich zur Detention übergeben, ohne dass er sie dabei zur Verwaltung empfangen hat. Hierher gehören der Depositar, der Kommodatar, der Pfandnehmer, auch der Mieter. Ueberall hat hier der Gläubiger einen Anspruch auf vom Schuldner gezogene Vorteile. Dies beweisen:

l. 38 § 10 D. de usuris 22,1. si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet; videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt.

l. 1 § 24 D. depositi 16,3. et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat. etc.

Der Grund davon, dass der Schuldner hier das commodum herausgeben muss, liegt lediglich darin, dass der Gläubiger fortwährend Eigentümer der Sache geblieben ist. War derselbe in Wirklichkeit gar nicht Eigentümer der Sache, ja sogar malae fidei possessor, so hat ihm trotzdem der Schuldner den Gewinn herauszugeben, da er hier wenigstens als Eigentümer angesehen und behandelt wird. Dies geschieht deshalb, weil der unrechtmässige Besitzer wiederum vom wahren Eigentümer in Anspruch genommen werden kann.

l. 22 § 2 D. de pign. act. 13,7. si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt, et consumpti condici; proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.[1]

1. Aehnlich l. 11 D. sol. matr. 24,3 si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset; et fructus quoque, pro portione anni, quo divortium factum est.

b) Hat der Schuldner die Sache zur Detention **erhalten**, indem er gleichzeitig die Pflicht, sie zu **verwalten**, übernahm (als Mandatar, Vormund etc.), so ist ebenfalls dem Gläubiger ein Anspruch auf das vom Schuldner aus der Sache gewonnene lucrum zuzuerkennen. Aber hier liegt der Hauptgrund in der Verwaltungspflicht des Schuldners, erst in zweiter Linie würde das Eigentum, das der Gläubiger an der Sache hat, von Bedeutung sein.[1]

Aehnlich steht es bei der Restitution der dos durch den Ehemann. Allerdings wird hier der Ehemann juristisch als Eigentümer der dos behandelt und er kann die Früchte, welche er gezogen hat, während er (durante matrimonio natürlich) die dos in Händen hatte, behalten. Aber dies geschieht aus besonderen Gründen. Nämlich dass der Ehemann als Eigentümer behandelt wird, ist lediglich eine positive Ausnahmebestimmung, um dem Ehemann nicht zum Schaden der dos unpraktische Schranken in der Verwaltung der dos auferlegen zu müssen, und:

quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.[2]

Was sodann die Früchte angeht, so kann der Ehemann nur das commodum behalten, soweit ihm nach dem Zwecke der dos ein Anspruch darauf zuzugestehen ist.

l. 7 pr. D. de iure dot. 23,3. dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit; quum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere.

l. 8 pr. D. solut. matr. 24,3. si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit, eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi

1. Mommsen, a. a. O. S. 43 fg., trennt die Fälle a) und b) nicht und findet beidemal den Grund lediglich darin, dass das Eigentum fortwährend beim Gläubiger bleibt.

2. l. 75 D. de iure dot. 23,3.

si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier.[1]

Alles erlangte commodum aber, welches der Ehemann nicht nach dem Zwecke der dos behalten kann, muss er soluto matrimonio nach den gewöhnlichen Regeln herausgeben.

2) Wenn der Mandatar, negotiorum gestor, Vormund u. s. w. Sachen für den Gläubiger erwerben, so müssen sie ebenfalls die daraus gezogenen Vorteile mit herausgeben.

l. 10 § 2 D. mandati 17,1. si ex fundo, quem mihi emit, procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.

Dies hat seinen Grund darin, dass der Schuldner die Sache für den Gläubiger erwirbt und in Händen hat. Dieser muss also das erlangen, was er erhalten würde, wenn er selbst sofort und nicht erst der Mandatar u. s. w. die Sache erworben hätte.

Genau so steht es bei der Gesellschaft, wenn ein socius für dieselbe Sachen erwirbt.[2]

3) Bei den condictiones sine causa[3] hat der Schuldner ebenfalls das lucrum perceptum mit der Sache zu restituieren.

l. 7 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12,4. fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest; fructus quoque condici poterunt. idem iuris est de ancilla et partu eius.

1. Ferner l. 5, l. 7 § 9—14 D. solut. matr. 24,3, l. 18 pr. D. de fundo dot. 23,5, l. 10 § 3 D. de iure dot. 23,3, l. 20 C. de iure dot. 5,12, l. un. § 7, 9 C. de rei ux. act.5, 13.

2. Sehr häufig werden die Fälle 1) und 2) mit einander verquickt sein. Z. B. der Vormund kauft für den Mündel ein Grundstück und behält es dann zur Verwaltung weiter.

3. Unter condictio sine causa ist hier allgemein jede Kondiktion wegen grundlosen Habens verstanden. Vgl. Windscheid, P. II § 424 Note 1.

l. 65 § 5 D. de cond. iud. 12,6. ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet.

l. 12 D. de cond. causa dat. c. n. s. 12,4. quum quis mortis causa donationem, quum convaluisset donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum et partus ... repetere potest.

l. 38 § 2 D. de usuris 22,1. item, si indebitum fundum solvi et repeto, fructus quoque repetere debeo.

l. 38 § 3 eod. idemque est, si mortis causa fundus sit donatus, et revaluerit, qui donavit, atque ita condictio nascatur.[1]

Von der alienatio in fraudem creditorum und dem Anspruch des Konkursgläubigers redet l. 38 § 4 eod.

in Faviana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur.

Den Grund, der auch für die condictiones sine causa gelten muss, giebt uns Paulus in l. 38 § 4 D. de usuris 22,1 an:

ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.[2]

Der Schuldner ist allerdings Eigentümer der Sache geworden, aber weil er sie sine causa hat, soll die Sache so angesehen werden, als habe der Gläubiger das Eigentum garnicht verloren. Dann hat der Schuldner hier also den gezogenen Gewinn zurückzuerstatten genau so wie die unter 1) Behandelten.[3]

1. Ferner sind hier anzuführen l. 15 pr., § 1, l. 38 § 1, 5, 6 D. de usur. 22, 1, l. 13 pr. D. de mort. c. donat. 39, 6.

2. Aehnlich l. 10 § 22 D. quae in fraud. 42, 8: generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, ... ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset.

3. Beiläufig bemerkt sollen die im Text citierten Worte nicht etwa besagen, dass der Restitutionspflichtige stets alle gezogenen Vorteile dem Gläubiger zu gewähren habe; vielmehr hat er unter

Ebenso steht es bei der actio redhibitoria. Auch hier wird die Sache so behandelt, als habe sie niemals das Vermögen des Verkäufers verlassen.

ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset (l. 23 § 1 D. de aed. ed. 21.1).

Julianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere (l. 23 § 7 eod.).[1]

Auch hier also steht dem Gläubiger ein Anspruch auf die Vorteile zu, welche der Schuldner aus der Sache gezogen hat.

l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21,1. quum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit, . . . restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit mercedesve a servo vel conductore servi accepit, sed etiam si a venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit.

l. 24 D. eod. et generaliter dicendum est, quidquid extra rem emptoris per eum servum acquisitum est, id iustum videri reddi oportere.

l. 31 § 2 D. eod.[2] si ancilla redhibeatar, et quod ex ea post venditionem natum erit, reddetur, sive unus partus sit sive plures.

Was von der actio redhibitoria, actio Pauliana u. s. w. hinsichtlich des Anspruches des Gläubigers auf das lucrum

Umständen nur das zu restituieren, was sich noch in seinem Vermögen befindet. Die Worte „ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset" stehen dem nicht entgegen, da sie sich sehr wohl auch auf die noch vorhandene Bereicherung beziehen lassen.

1. S. noch l. 60 D. eod.: facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit; vgl. auch l. 13 § 2 D. de acquir. vel am. poss. 41, 2.

2. S. auch die Worte des ädilicischen Ediktes selber in l. 1 § 1 D. eod.; vgl. noch l. 33 D. de aed. ed. cit.

perceptum gilt, muss allgemein für jede Art der Wiederherstellung eines früheren Zustandes, also auch für die aus dem Eintritt einer Resolutivbedingung vermöge der Retrotraktion entstehende Klage,[1] insbesondere auch für die restitutio in integrum im engeren Sinne gelten. Denn überall soll hier ein Zustand herbeigeführt werden, wie er gewesen wäre, wenn die betreffende Sache niemals das Vermögen des Veräusserers verlassen hätte. In der That ist es uns ausdrücklich in den Quellen für die restitutio in integrum bezeugt, so in l. 24 § 4 D. de minor. 4,4:

iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere,

ferner in l. 23 § 2 D. ex quib. caus. 4,6, welche von dem Fall redet, dass jemand infolge Gefangenschaft einen Niessbrauch verloren hat:

et fructus quoque medio tempore ab alio ex usufructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.[2]

Ein besonderer Fall ist derjenige der alternativen Restitution. Dem Schuldner ist die Sache geschätzt übergeben worden und ihm die Verpflichtung auferlegt, entweder die Sache selbst oder ihre aestimatio zu restituieren (wem von beiden Kontrahenten das Wahlrecht zusteht, ist dabei gleichgiltig). Durch eine solche Abmachung geht die Sache aus dem Eigentum des Gläubigers noch nicht heraus, es ist die Entscheidung darüber noch aufgeschoben, nämlich bis zur erfolgten Wahl.

Entscheidet sich nun der Teil, dem das Wahlrecht zusteht, für die Auszahlung der aestimatio, so kommt dadurch die Sache in das Eigentum des Schuldners, jedoch wird hierbei fingiert, dass dies schon zur Zeit der Uebergabe der Sache geschehen sei. Ohne Zweifel also behält dann der Schuldner die Vorteile stets.

Wird jedoch die Restitution der Sache selbst gewählt, so gelangt dieselbe nicht in das Eigentum des Schuldners,

1. Soweit eine obligatorische Klage begründet ist.

2. Ferner l. 28 § 6 eod., l. 40 § 1 D. de minor. 4, 4.

sie ist also aus dem Eigentum des Gläubigers garnicht herausgetreten. Dann muss aber der Restituent die gezogenen Vorteile aus den unter 1) erörterten Gründen mit herausgeben.

Nur in einem Falle kann er das commodum behalten. Dies ersehen wir aus § 114 der Fragmenta Vaticana.

Eine Ehefrau hat ihrem Ehemanne Sklavinnen geschätzt zur dos gegeben unter der Abmachung, dass soluto matrimonio die Ehefrau wählen könne, ob der Ehemann ihr die Sklavinnen selbst oder deren aestimatio restituieren solle. Während der Ehe haben die Sklavinnen nun Kinder geboren, und Paulus wird um ein responsum angegangen, ob der Ehemann dieselben behalten könne oder sie herausgeben müsse. — Die Stelle ist nur lückenhaft erhalten; jedoch ist von Bethmann-Hollweg die zweifellos richtige Ergänzung gefunden worden. Danach entscheidet sich der Jurist dafür, dass die Ehefrau die Kinder nicht verlangen könne.

P. respondit, quoniam periculo mariti vixerunt mancipia partus sicut fructus matrimonii tempore perceptos apud virum remanere debere.

Diese Entscheidung hat bisher viele Schwierigkeiten gemacht;[1] auch Fr. Mommsen[2] ist der Meinung, dass sie mit den allgemeinen Ausführungen über die alternative Restitution[3] nicht im Einklang stehe. Er nimmt an, dass Paulus sich hier durch Billigkeitsrücksichten bestimmen

1. Vergl. z. B. Windscheid, P. Bd. II § 327 n. 10.

2. A. a. O. S. 48 fg.

3. Vor allem auch mit Mommsens Erörterungen über das Verhältnis zwischen periculum und commodum. Vgl. auch unten S. 67 Anm. 1.

liess, und rät deshalb, aus der besprochenen Stelle keine Konsequenzen zu ziehen.

Ich bin jedoch der Ansicht, dass sich aus der Stelle sehr gut ein Princip entnehmen lässt und dass dieses garkeinen Widerspruch mit anderen Resultaten bildet. Wir müssen bei der Stelle nur den Begriff des periculum richtig erkennen und richtig begrenzen. Wenn es heisst, dass die Sklavinnen auf die Gefahr des Ehemannes gelebt haben, so ist damit nicht schlechtweg die ganze Zeit, während welcher der Ehemann die dos in Händen hatte, gemeint, vielmehr nur der Augenblick der Geburt der Kinder. Bei der Geburt ist es höchst ungewiss, ob sie wirklich glücklich verläuft, oder ob die Mutter stirbt. Und da wäre es denn äusserst ungerecht, wenn der maritus im Falle eines unglücklichen Verlaufes derselben den Wert der Sklavinnen bezahlen sollte, im Falle eines glücklichen Verlaufes dagegen die Kinder mit denselben herauszugeben hätte. Er kann also die Kinder behalten, weil er in Hinblick auf die Geburt das periculum trug.

Der Stelle ist also das allgemeine Princip zu entnehmen: dass bei der alternativen Restitution in dem Falle, wo es ungewiss ist, ob aus einem bestimmten Ereignis ein Schade oder ein Vorteil erwächst, niemals der Gläubiger, sondern stets der Schuldner das aus diesem Ereignis erwachsende commodum erlangt, weil er die Gefahr hinsichtlich des Ereignisses trägt.[1] Insofern also ist Mommsens Lehre über

1. Ob dieses Princip auch für den Trödelvertrag gilt, oder ob der letztere darin eine Ausnahme macht und bei ihm Sklavenkinder etc. stets zu restituieren sind, muss danach entschieden werden, ob der scrutarius in Hinsicht der ästimierten Sache die Gefahr trägt oder nicht. Diejenigen, welche diese Frage bejahen, müssen den contractus aestimatorius völlig dem obigen Princip gemäss behandeln. Verneint man dagegen die Frage, so muss man für ihn eine Ausnahme annehmen, da in diesem Falle gemäss dem

den Satz „commodum eius esse debet, cuius periculum est," zu ergänzen.[1]

Der gefundene Satz ist aus denselben Motiven heraus statuiert, die auch dazu geführt haben, dass bei der Gesellschaft kein Abkommen der Art getroffen werden kann, dass der eine Gesellschafter allen Gewinn, der andere allen Verlust tragen solle (sogen. societas leonina[2]).

Die Stellen, welche von einer Herausgabe der Kinder von zur dos gegebenen Sklavinnen reden, sprechen nicht von dem Fall, wo die Sklavinnen geschätzt in dotem gegeben worden sind, sondern nur von Dotalsklavinnen.

l. 69 § 9 D. de iure dot. 23,3. partum dotalium ancillarum dotis esse portionem convenit.

Ebenso l. un. § 9 C. de rei uxoriae act. 5,13, wo ausdrücklich der Unterschied zwischen Dotalsklaven und aestimierten Sklaven hervorgehoben wird:

itaque partus dotalium ancillarum, id est, quae astimatae non sunt, ... ad mulierem pertinere voluit.

Auch l. 10 § 2 D. de iure dot 23,3:

si servi subolem ediderunt, mariti lucrum non est,

---

im Text Entwickelten für den Trödler jeder Grund wegfällt, die Kinder zu behalten. Bezüglich der Litteratur über jene Kontroverse ist zu verweisen auf Windscheid, P. Bd. II § 383 Note 10, Dernburg, P. Bd. II § 120 Anm. 8, Glum, die Gefahr beim Trödelvertrage, Berl. Inauguraldissert. 1893.

1. Mommsen entwickelt, dass dieser Satz nur für das stellvertretende commodum gelte, d. h. für dasjenige commodum, das durch eine Unmöglichkeit der Leistung bewirkt wird (z. B. durch das Delikt eines Dritten; hier ist das commodum die Klage gegen denselben).

2. l. 29 § 2 D. pro socio 17, 2: societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

spricht von Dotalsklaven, obgleich es nicht geradezu gesagt wird; denn kurz vorher ist von „praediis inaestimatis“ die Rede und bald darauf von den „foetus dotalium pecorum.“ Ausserdem hat es noch eine Vermutung für sich, da es stets hervorgehoben werden wird, wenn es geschätzte Sklaven sind.

§ 4.

b) Auf welche Arten solcher Vorteile hat der Gläubiger Anspruch?

Bei der Behandlung der Frage, in welchem Umfange der Schuldner gezogene Vorteile dem Gläubiger zu prästieren hat, ob unterschiedslos jedes lucrum perceptum oder nur gewisse Arten desselben, haben wir zwei Gruppen zu trennen, nämlich erstens die Obligationen zu behandeln, bei denen kein Unterschied stattfindet, woher der Gewinn stammt, sodann diejenigen, bei denen ein solcher Unterschied gemacht wird. Wie wir später sehen werden, ist hier das unterscheidende Merkmal das, ob das lucrum „ex re“ erlangt oder propter negotiationem perceptum ist.[1] Bevor wir jedoch die einzelnen Gruppen behandeln, wollen wir einiges Gemeinsame erörtern.

Niemals hat der Gläubiger dann Anspruch auf die vom Schuldner erlangten Vorteile, wenn die Sache nur die occasio abgab, den Gewinn zu machen.

Der Besitzer eines Grundstücks braucht mit dem zu leistenden Grundstücke dem Gläubiger nicht das Wild herauszugeben, welches er auf demselben geschossen hat.

---

1. Nicht in unsere Erörterung gehört der Fall, wo (wegen dolus oder aus anderen Gründen) eine Verpflichtung zum Ersatz des ganzen Interesse vorliegt, da hier überhaupt gar nicht danach gefragt wird, was der Schuldner aus der Sache erlangt hat, sondern einfach, wie gross das Interesse des Gläubigers ist.

l. 26 D. de usuris 22, 1. venationem fructus fundi negavit (Julianus) esse.

Nur dann, wenn die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks in der Jagd bestand, ist es anders, da in diesem Falle von einer Gelegenheit, welche das Grundstück zur Erlangung des Gewinnes bot, keine Rede sein kann, da in dem Begriff der occasio immer das Moment des Zufälligen enthalten ist.

(venationem fructus fundi negavit esse) nisi fructus, fundi ex venatione constet.

So muss auch der Schuldner mit der Sache nur die Hälfte des von ihm darin gefundenen Schatzes dem Gläubiger leisten und kann die andere Hälfte desselben behalten.[1] Denn die eine Hälfte fällt ihm als Finder zu; sie würde auch jeder beliebige Fremde, der den Schatz gefunden hätte, erhalten.[2] Die Sache selbst gab ihm nur die occasio, dass er den Gewinn machen konnte. Die andere Hälfte dagegen erwirbt er als Besitzer der Sache und muss sie daher dem Eigentümer mit herausgeben, denn die Sache hat ihm in Bezug auf diese Hälfte nicht die blosse Gelegenheit, den Gewinn zu machen, geboten, sondern sie hat ihm den Gewinn selbst gebracht. l. 7 § 12 D. sol. matr. 24,3. Hier heisst es von dem Fall, si thesaurus (a marito in fundo dotali) fuerit inventus:

pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi.

Dasselbe drückt l. 63 § 4 D. de acquir. rer. dom. 41,1 aus:

---

1. Dies ist streitig, ist jedoch durch Iherings Darlegungen a. a. O. S. 8 auf das unzweideutigste bewiesen worden.

2. § 39 J. de rer. div. 2,1: si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Ebenso l. unica C. de thes. 10,15: quodsi forte vel arando vel alias terram colendo vel quocunque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id, quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur.

quodsi creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse; partem itaque sibi, partem debitori praestabit; nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum permansit . . . . . . (thesaurum) restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.

Hat der Schuldner absichtlich in dem (fremden) Grundstücke gesucht, so verliert er den Anteil, der ihm als Finder zufallen würde, und er hat den ganzen Schatz dem Gläubiger herauszugeben.

l. un. C. de thes. 10, 15. quodsi . . . aliquis . . . praeter huius legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum hoc locorum domino reddere compellatur.

Infolge desselben Principes, dass der Schuldner denjenigen Gewinn dem Gläubiger nicht herauszugeben hat, zu dem ihm die Sache nur die occasio bot, kann auch der Erbschaftsverkäufer dasjenige behalten,[1] was ihm ein Nichtschuldner des Erblassers, der sich irrtümlich für einen Schuldner hielt, gezahlt hat.

l. 2 § 7 D. de hered. vend. 18,4. solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat? . . . . et (Julianus) ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem . . . . ; nam hoc servari, ut heres emptori non praestet, quod non debitum exegerit.

Gerade so steht es mit dem, welcher irrtümlich für den Erben gehalten wird und dem ein eben solches indebitum geleistet worden ist; auch er braucht hereditate petita dasselbe dem wirklichen Erben nicht herauszugeben.

1. Natürlich unbeschadet seiner Haftung gegenüber dem irrtümlich Zahlenden. Vgl. auch S. 73 fg.

l. 20 § 18 D. de hered. pet. 5,3. nam et Julianus scribit quod indebitum exegit, restituere eum non debere.[1]

Nicht herauszugeben braucht der Schuldner ferner den Gewinn, den ihm ein Dritter aus rein subjektiven Motiven deshalb zugewendet hat, weil er in dem betreffenden obligatorischen Verhältnis steht oder weil er die geschuldete Sache inne hat. In l. 60 § 1 D. pro socio 17,2 heisst es von der Societät:

nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset.[2]

Nunmehr wollen wir die Obligationen teilen, nachdem wir so die gemeinsamen Sätze besprochen haben, und wollen zuerst die Obligationen behandeln, bei denen kein Unterschied gemacht wird, woher der aus der Sache gezogene Gewinn stammt, sodann diejenigen, bei denen derartig unterschieden wird.

1) Kein Unterschied wird, um den Hauptgedanken gleich vorweg zu nehmen, dort gemacht, wo der Gewinn für den Gläubiger gemacht ist.

1. Andererseits ist in beiden oben behandelten Fällen der Käufer bezw. der wahre Erbe nicht verpflichtet, dem Schuldner Ersatz zu leisten, wenn derselbe ein indebitum gezahlt hat, das nach seiner (irrtümlichen) Meinung der Erblasser schuldig war. l. 2 § 7 D. cit.: ait . . . quod non debitum solverit, non reputare . . . nam hoc servari, . . . ut . . . neque ab eo (herede) consequatur, quod non debitum praestiterit. l. 20 § 18 cit.: scribit . . . nec imputaturum, quod non debitum solvit.

Der Grund ist hier derselbe wie oben: So wie dem Schuldner in vollem Umfange der Gewinn zu gute kommen soll, zu dem ihm die Sache die Gelegenheit geboten hat, so soll auch ihm allein der Schade zum Nachteil gereichen, wenn die Sache die occasio incommodi ist.

2. S. auch S. 73 fg.

Wo eine Geschäftsführung für den Gläubiger vorliegt, also beim Mandatar, beim negotiorum gestor, beim Pfandnehmer, beim Vormund u. s. w., ist es selbstverständlich, dass der Schuldner sämtlichen Gewinn jedweder Art, den er aus der Sache gezogen hat, dem Gläubiger herauszugeben hat, da ja alles, was er thut, für den Geschäftsherrn geschieht. Die Konsequenzen aus diesem Princip sind in den Quellen selbst in ziemlich ausgedehntem Masse gezogen. So soll der Geschäftsführer sogar dasjenige mit restituieren, was er bei etwaiger Anstellung von Klagen zu Unrecht, z. B. durch Irrtum oder Parteilichkeit des Richters erlangt hat. Dies wird für den Pfandgläubiger ausgesprochen in l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20,5:

> et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debebit: et quum per iniuriam iudicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit,

für den negotiorum gestor in l. 8 § 1 D. de neg. gest. 3,5:

> item si fundum tuum vel civitatis per obreptionem petiero negotium tuum vel civitatis gerens, et ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi vel Reipublica praestare, licet petere non potuerim,

l. 23 eod.: si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur,

für den Mandatar in l. 40 § 4 D. de procur. 3,3:

> procurator, ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite consecutus erit, sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere, usque adeo, ut etsi per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.

Analog zu behandeln ist der Fall, wo der Schuldner durch den Irrtum eines Dritten einen Gewinn erlangte, insofern der Dritte in Rücksicht auf den Gläubiger handelte, z. B.: Jemand zahlt dem A., dem negotiorum gestor, Mandatar etc. des B., 500, die er irrtümlich dem B. schuldig zu sein glaubte. Hier muss A. dem B. die 500 mit herausgeben.

Wir müssen nämlich unterscheiden, ob den Dritten, der dem Schuldner in Rücksicht auf den Gläubiger, d. h. wegen des obligatorischen Verhältnisses des Schuldners zu ihm oder wegen der Innehabung seiner Sache den Gewinn zukommen liess, ein rein subjektiver Beweggrund[1] getrieben hat oder ein juristischer.[2] Im ersteren Falle kann der Leistungspflichtige den Gewinn behalten (er hat ihn ja nur occasione rei erlangt), im letzteren muss er ihn der Geschäftsführung wegen herausgeben. Die l. 60 § 1 D. pro socio 17,2:

nec compendium etc.,

wo der Schuldner den Gewinn behalten kann, redet nur von dem Fall, wo ein subjektives Motiv den Dritten veranlasst hat. Dies geht mit Deutlichkeit aus dem Zusammenhange hervor. Im vorhergehenden Satze nämlich wurde dem Socius ein Schadensersatzanspruch aberkannt,

si propter societatem eum heredem quis instituere desiisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum negligentius administrasset.

Darauf fährt der Jurist fort:

nam nec (auch nicht) compendium etc.,

---

1. Z. B. der Dritte ist ein Gönner des noch unmündigen Gläubigers und macht dem Schuldner, weil er die Vormundschaft des letzteren übernommen hat, ein Geschenk.

2. Z. B. in dem oben erwähnten Falle, wo der Dritte dem Schuldner als Mandatar etc. des Gläubigers ein indebitum zahlt, das er diesem schuldig zu sein glaubt.

woraus zu erkennen ist, dass hier dasselbe Motiv für vorliegend erachtet wird, nämlich ein subjektives.

Natürlich brauchte, wie wir früher gesehen haben und wie in l. 2 § 7 D. de her. vend. 18,4 ausgesprochen ist, der Verkäufer einer Erbschaft, welchem ein Dritter ein indebitum, das er irrtümlich dem Erblasser zu schulden glaubte, gezahlt hat, dieses nicht herausgeben. Hier lag allerdings ein juristischer Beweggrund vor, aber die Zahlung war garnicht in Hinsicht auf den Gläubiger vorgenommen, garnicht,. weil der Verkäufer gerade zu diesem Käufer in dem obligatorischen Verhältnisse des Kaufes stand, sondern mit Rücksicht auf die Person des Erblassers, also auf die Erbenqualität des Verkäufers.

Hat ferner der Nichterbe, welcher für den Erben gehalten wird, ein eben solches indebitum von einem Dritten erhalten, so braucht er es nach l. 20 § 18 de hered. pet. 5,3 ebenfalls dem wahren Erben nicht zurückzuerstatten. Auch hier ist der Grund derselbe und widerspricht uns nicht:[1] Der (irrtümlich zahlende) Dritte handelt nicht mit Rücksicht auf den Erben, sondern mit Rücksicht auf den Erblasser; also hat der Schuldner insofern den Gewinn nur occasione rei erworben.

Eine fernere Konsequenz, die ebenfalls in den Quellen ausgesprochen wird, ist die: Der Mandatar hat dem Mandanten stets alle von ihm mit zu restituierendem Gelde gezogenen Zinsen zu leisten, gleichgiltig, ob der letztere ihm den Auftrag, das Geld verzinslich auszuleihen, gegeben hat oder nicht, ja selbst dann, wenn er es ihm geradezu verboten hat.

l. 10 § 3 D. mandati 17, 1. sed et si pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emo-

1. Es handelt sich hier allerdings um eine dingliche Klage, die aber ganz analog behandelt wird.

lumentum sensit, sive ei mandavi sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

l. 10 § 8 eod. si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras, mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.

Ebenso steht es bei der Societät.

l. 67 § 1 D. pro socio 17, 2. si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam foeneravit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine foeneravit.

Hat jedoch der Socius, Mandatar etc. das Geld ausdrücklich suo nomine ausgeliehen, so hat er die gezogenen Zinsen nicht zu prästieren. Dies zeigt uns l. 67 § 1 i. f. D pro socio:

si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.

l. 10 § 8 i. f. D. mandati: si periculo suo credidisset (d. h. also, wenn er es suo nomine gethan hätte,) cessaret... in usuris actio mandati.

Der Grund liegt darin, dass Geld eine vertretbare Sache ist und der Mandatar, wenn er im eigenen Namen Geld ausleiht, überhaupt nicht das Geld des Auftraggebers, sondern sein eigenes hingiebt, sodass er selbstverständlich die gezogenen Zinsen behalten kann.

Dabei kommen wir mit den Anforderungen der Billigkeit durchaus nicht in Konflikt, denn in solchen Fällen würde noch zu erörtern sein, ob der Schuldner nicht aus anderen Gründen verpflichtet ist, Zinsen zu prästieren. Mit dieser Frage werden wir uns im zweiten Teile unserer Abhandlung zu beschäftigen haben.[1]

1. S. 97 fg. — Mommsen a. a. O. S. 19, empfindet wohl

In dieser Gruppe kommt, wie schon anfangs bemerkt, bei demjenigen, was der Schuldner zu prästieren hat, nicht in Betracht, woher der Gewinn stammt, es genügt, dass er ihn aus der Sache gezogen hat.

2) Wir haben uns jetzt mit denjenigen Obligationen zu beschäftigen, bei denen, von der communis opinio, zwei verschiedene Arten des Gewinnes unterschieden werden. Dies ist der Fall überall, wo nicht eine Geschäftsführung für den Gläubiger vorliegt. Der Unterschied des Gewinnes ist der, ob es sich um ein lucrum (commodum) „ex re"[1] handelt oder um ein lucrum propter negotiationem perceptum; behandeln wir jenes zuerst.

a) Das lucrum „ex re", d. h., um Mommsens[2] Definition zu gebrauchen, „diejenigen Vorteile, welche durch die Sache selbst gewährt sind und die dem Eigentümer, falls er die Sache inne gehabt, gewissermassen von selbst zugefallen wären", kann der Schuldner nicht behalten, sondern muss er mit leisten. Daher hat der Gläubiger Anspruch auf die Hälfte des in dem geschuldeten Grundstücke gefundenen Schatzes,[3] auf die gewonnenen Früchte, wozu auch der partus ancillae gehört, ferner auf das durch einen (zu leistenden) Sklaven Erworbene.

l. 4 § 1 D. de usuris 22,1. si post contractam emptionem... partus editus... est...„ iudicio empti consequitur.

l. 38 § 8 D. eod. ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.

---

dunkel, dass es unbillig wäre, dem Gläubiger hier jeden Anspruch auf Zinsen zu versagen, aber die eigentliche Lösung spricht er nicht aus.

1. Dieser, nicht quellenmässige Ausdruck stammt von Ihering a. a. O. S. 6.

2. A. a. O. S. 54.

3. Vgl. S. 69 fg.

l. 13 C. de act. empti 4,49. fructus post perfectum iure contractum emptoris spectare personam convenit.

l. 16 eod. post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emptori ... restitui debere, notissimum est. etc.

In gewissen Fällen ist noch eine Mitwirkung des Schuldners erforderlich; dies ändert jedoch unbestritten nichts daran, dass die gezogenen Vorteile als ein commodum „ex re" herauszugeben sind, wofern die Thätigkeit desselben nichts weiter ist als eine Perception des durch die Sache deferierten lucrum. So hat der Schuldner auch die Früchte herauszugeben, obwohl er doch höchst selten solche ohne irgend welche Thätigkeit ziehen kann; aber in der Sache selbst liegt die Hauptsache, nämlich die Möglichkeit, überhaupt Früchte zu ziehen. Wird ein Sklave zum Erben eingesetzt, so übt der Herr allerdings eine Thätigkeit aus, insofern er dem ersteren den Befehl zur Antretung geben muss, aber diese Thätigkeit ist so gering gegenüber der in der Sache liegenden Delation, dass sie garnicht in Betracht kommt.

l. 45 § 1 D. de acquir. her. 29,2. idcirco, si servus dotalis adierit, actione de dote eam hereditatem mulier recuperabit.

Dasjenige aber, was der Sklave ex re debitoris erworben hat, braucht dieser dem Gläubiger nicht herauszugeben.[1] Dies ersehen wir aus verschiedenen Stellen.

l. 13 § 13 D. de act. empti 19,1. item si quid ex operis servorum ... quaesitum est, emptori praestabitur, et si quid peculio eorum accessit, non tamen, si quid ex re venditoris.

l. 24 D. de aed. ed. 21,1 (bei der actio redhibitoria): et generaliter dicendum est, quidquid extra rem emptoris per eum servum acquisitum est, id iustum videri reddi oportere.

---

1. Vgl. l. 31 § 4 D. de aed. ed. 21,1: et si quidem ex re emptoris accessit, dicendum est, apud ipsum relinquendum.

l. 32, 33 pr. D. de hered. pet. 5, 3. per servum acquisitae res heredi restituendae sunt, ... nisi ex re heredis scripti stipulatus sit.

Unter Umständen jedoch braucht selbst in dem Falle, wo einem zu leistenden Sklaven von einem Dritten eine Erbschaft oder ein Vermächtnis hinterlassen oder ein Geschenk gemacht ist, der Schuldner dieses nicht herauszugeben. Nämlich hier haben die Römer als das Entscheidende den Willen des Dritten angesehen und gefragt, cuius respectu (contemplatione, gratia) er dem Sklaven die Zuwendung gemacht habe.[1] Geschah dies in Rücksicht auf den Schuldner, so kann letzterer das Geschenk etc. behalten, geschah es in Rücksicht auf den Gläubiger, so kann dieser es beanspruchen.[2]

Dass der Schuldner es im ersteren Falle be-

---

1. Vgl. auch l. 25 § 11 D. de her. pet. 5,3, wo der bonae fidei possessor einer Erbschaft, der Geschenke aus der Erbschaft macht und dafür Gegengeschenke erhält, als ex hereditate locupletior angesehen wird:

si ἀντίδωρα [remunerationes] acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Denn hier ist es nur die Absicht des beschenkten und wiederschenkenden Dritten, demjenigen Vermögen, aus welchem er das Geschenk erhalten hat, das Gegengeschenk zufliessen zu lassen; die Person des Schenkenden und Wiederbeschenkten ist ihm dabei völlig gleichgiltig. Darum wird auch der bonae fidei possessor dann nicht für ex hereditate locupletior erachtet, wenn er das Gegengeschenk noch nicht erhalten hat, sondern wenn erst auf der anderen Seite (beim Beschenkten) die (moralische) Verpflichtung erwachsen ist, ein Gegengeschenk zu machen; denn hereditate petita wird der letztere das Gegengeschenk doch nicht dem bonae fidei possessor, sondern dem wahren Erben geben.

nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt.

2. Vgl. auch Petrażycki, die Lehre vom Eink. Bd. I, 1893, S. 65 fg.

halten kann, beweisen verschiedene Stellen. Nach l. 63 § 4 D. ad SC. Trebell. 36,1 kann der Fiduciar die von einem zur Erbschaft gehörenden Sklaven ante restitutam hereditatem erlangte Erbschaft behalten, wenn der Sklave nur im Hinblick auf ihn, den Fiduciar, eingesetzt ist.[1] l. 21, 22 D. de usufr. 7,1 handeln von einem Sklaven, an welchem dem einen das Eigentum, einem anderen der Niessbrauch zusteht. Wird einem solchen Sklaven etwas vermacht, so kommt es wiederum darauf an, „cuius gratia vel legatum acceperit.“ Ebenso steht es bei jeder anderen liberalen Zuwendung von den Sklaven.[2] Ist ein servus dotalis respectu mariti zum Erben eingesetzt worden, so erwächst nach l. 19 § 1 D. de peculio 15,1 [3] dem Ehemanne keine Verpflichtung, den dadurch erlangten Gewinn zu restituieren. l. 75 § 4 D. de acquir. hered. 29,2 betrifft den Fall, dass ich mir bona fide einen freien Mann als Sklaven dienen lasse. Wird dieser während der Sklavenzeit zum

1. Si heres ante restitutam hereditatem servum hereditarium heredem ab aliquo institutum iusserit adire hereditatem, negat Julianus, debere hanc hereditatem restitui, quia de ea rogatus non esset; et hoc est fatendum; requirendum tamen et illud est, num cum incremento restituere heres rogatus sit hereditatem; (si) enim hoc fuerit subsecutum, etiam eam hereditatem restituere cogitur, nisi evidentissimis probationibus fuerit ab herede approbatum, contemplatione sui servum esse heredem institutum.

2. Si servi ususfructus sit legatus, quidquid is ex opera sua acquirit vel ex re fructuarii, ad eum pertinet, sive stipuletur sive ei possessio fuerit tradita, si vero heres institutus sit vel legatum acceperit, Labeo distinguit, cuius gratia vel heres instituitur vel legatum acceperit.

sed et si quid donetur servo, in quo usufructus alterius est, quaeritur, quid fieri oporteat. et in omnibus istis, siquidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum vel donatum est, ipsi acquiret; sin vero proprietarii, proprietario.

3. et ideo si respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum non debere restituere, Pomponius scribit.

Erben eingesetzt, aber propter me, so kann ich, wenn sich sein freier Stand herausgestellt hat, dennoch diese Erbschaft behalten.[1] Eine auf demselben, von uns behandelten Gedanken beruhende Entscheidung finden wir in l. 10 § 6 D. de vulg. subst. 28,6, welche von dem Recht der Substitution für den impubes arrogatus von Seiten des pater arrogator handelt. Hier wird dasjenige, was dem impubes „beneficio arrogatoris" (was hier dasselbe ist wie „respectu arrogatoris"), zugewendet ist, demjenigen gleichgestellt, was er von ihm selbst erhalten hat.[2]

Selbst dann, wenn dem Sklaven conditionis implendae causa das Vermächtnis etc. zugedacht wird, kommt auch die Frage, cuius gratia er es erhält, d. h. cuius gratia die Bedingung beigefügt ist, in Betracht.

l. 22 D. de usufructu 7,1[3]. sed et si conditionis implendae causa quid servus fructuarius consequatur et constiterit, contemplatione fructuarii eam conditionem adscriptam, dicendum est, ipsi adquiri.

Hat nun ein Sklave eine Liberalität propter dominum empfangen, so behandeln die Juristen diesen Erwerb geradezu, wie wenn er ex re domini geschehen wäre. l. 45 § 4 D. de acquir. hered. 29,2.[4]

non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea.

---

1. et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum iussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intelligatur non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea mihi acquirat.

2. ego etiam amplius puto, et si quid beneficio arrogatoris acquisiit, et haec substitutum posse habere, utputa arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.

3. Vergl. Salkowski, zur Lehre v. Sklavenerwerb, § 8 Anm. 4 (S. 170).

4. S. auch l. 22 D. de usufructu 7,1: si ipsius servi (sc. contemplatione relictum est), acquiretur domino.

Es kommt also, wie wir gesehen haben, darauf an, cuius respectu dem Sklaven die Zuwendung gemacht ist. Präsumiert wird jedoch stets, dass der Dritte mit Rücksicht auf den Gläubiger gehandelt habe; und im anderen Falle hat der Schuldner den Beweis zu führen, dass ihm die Liberalität gegolten habe.

eam hereditatem restituere cogitur, nisi evidentissimis probationibus fuerit ab herede approbatum, contemplatione sui servum esse heredem institutum. (l. 63 § 4 D. ad SC. Trebell. 36,1.)[4]

Von diesen Sätzen macht jedoch eine Obligation eine, aber auch nur scheinbare, Ausnahme der Kauf. Wird hier von einem (verkauften) Sklaven vor der Tradition eine Liberalität erworben, so bekommt sie der Käufer, ohne Unterschied, cuius respectu ista sint relicta, wie uns l. 13, § 18 D. de act. empti 19,1 sagt.[1] Der Grund liegt wieder in der Eigentümlichkeit des Kaufes: beim Kauf wird die Sache so angesehen, als sei sie mit dem Abschluss des Vertrages in das Vermögen des Käufers übergegangen.[2] Daraus folgt von selbst, dass nun niemals der Verkäufer etwas, das dem Sklaven zugewendet ist, für sich in Anspruch nehmen kann, ebenso wie andererseits niemand, der respectu debitoris handeln, also diesem etwas zukommen lassen will, nach Abschluss des Kaufvertrages dem Sklaven

1. Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet; hereditates quoque per servum acquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta.

Vgl. auch noch l. 23 § 9 i. f D. de aed. ed. 21,1, wo es bei Gelegenheit der actio redhibitoria heisst: si contemplatione venditoris (servus) institutus proponeretur, tamen diceremus, restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere. Jedoch ist dieser Ausspruch für den Fall zu verstehen, wo der Sklave dem Käufer schon tradiert ist.

2. Vgl. S. 37 fg.

etwas vermachen oder schenken wird.[1] Möglicherweise aber ist der Sklave lange vor dem Verkauf testamentarisch zum Erben eingesetzt oder ihm ein Vermächtnis hinterlassen und erst nach dem Kaufkontrakt der Erbfall eingetreten. In vielen Fällen dieser Art wird der verkaufende dominus von der Einsetzung wissen und demgemäss, wenn er es nicht vorgezogen hat, den Sklaven garnicht zu verkaufen, den Kaufpreis entsprechend bemessen. In vielen Fällen weiss er es aber nicht. Dann führt jener Grundsatz zu einer Unbilligkeit, die eben die Römer in allzu starrer Konsequenz des Principes, nämlich dass die Sache als seit dem Abschluss des Kaufvertrages im Vermögen des Käufers befindlich angesehen werde, 'nicht vermieden haben.

Nach dem Princip, das, wie wir oben gesehen haben, auch beim Kauf herrscht, dass der Wille des Dritten das Ausschlaggebende ist, müssen wir auch folgende Frage beantworten: Kann der Verkäufer verlangen, dass er die dem verkauften Sklaven nach geschehenem Kaufvertrag gemachte Zuwendung erhält, wenn er nachweist, dass der Zuwendende contemplatione venditoris gehandelt habe und in einem entschuldbaren Irrtum annahm, der Sklave sei noch garnicht verkauft? Ich glaube wohl, wir müssen nach unseren obigen Ausführungen zu Gunsten des Verkäufers entscheiden; jedoch lässt sich darüber streiten.

Was vom Kaufe selbst gilt, gilt auch von der Negation desselben, von der actio redhibitoria. Wir finden diesen Satz ausgesprochen im l. 23 § 9 i. f. D. de aedil. ed. 21,1:
Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum,

---

1. Dass derjenige, welcher einem Sklaven gratia domini etwas zuwendet, nur dem Herrn etwas habe zuwenden wollen, ist zum Ueberfluss ausdrücklich von Justinian ausgesprochen worden, in l. 21 C. de iure deliber. 6, 30.

cuius contemplatione testator servum heredem scripserit vel ei legaverit, quia et si venditoris mansisset,[1] nihil haec res emptori proderat; et per contrarium, inquit, si contemplatione venditoris institutus proponeretur etc.

Allerdings stehe ich nicht an, diese Entscheidung für eine völlig ungerechte zu erklären, die durchaus gegen die Regel verstösst, dass der Wille des Dritten das Massgebende sein solle. Sie ist ebenfalls nur der allzu strengen Konsequenz des Gedankens entsprungen, dass nach der actio redhibitoria, durch die der Kauf völlig vernichtet und bei der die Sache so behandelt wird, als wäre sie nie aus dem Vermögen des Käufers herausgegangen, keinerlei Rechtsfolgen aus dem Kaufe bei dem Käufer verbleiben sollen; so begründet die lex selber die Entscheidung damit: Wenn der Verkauf überhaupt nicht stattgefunden hätte, so würde der Käufer ja auch gar keinen Vorteil aus der Sache erlangt haben. Rein faktisch hat der Käufer allerdings den Erwerb aus dem verkauften Sklaven gemacht.

Ihering[2] hat das Prinzip abstrahiert: „dass, wo jemand eines gewissen Verhältnisses wegen, das oder dessen Gegenstand und Folgen er auf einen anderen übertragen musste, von einem Dritten etwas erwarb, letzteres nur dann als die Folge jenes Verhältnisses gilt, und mit demselben übertragen werden muss, wenn es eine notwendige Folge war, also auf irgend eine Weise erzwungen werden konnte.“ Jedoch ist dies, wie Mommsen[3] nach-

1. Sicherlich ist die Lesart des Budäus richtig „si venditoris mansisset“ und nicht „si venditio remansisset. Auch abgesehen davon, dass die letztere dem ganzen Zusammenhange widerstreitet, geben die Worte selbst keinen rechten Sinn, denn was „venditio manet“ bedeutet, kann man sich wohl vorstellen, aber gewisslich nicht, was mit „venditio remanet“ gemeint ist.

2. A. a. O. S. 19.

3. A. a. O. S. 59 Anm. 12.

gewiesen hat, offenbar ein Missgriff, denn „dass ein Dritter den geschuldeten Sklaven zum Erben einsetzt, ist ebenso sehr eine Sache seiner freien Willkür, als wenn er mit Rücksicht darauf, dass ich in einem Societätsverhältnisse stehe, ein Versprechen leistet. Beides lässt sich nicht erzwingen. Ist dagegen einmal das Versprechen geleistet, so kann natürlich die Erfüllung erzwungen werden.“ — Ihering[1] meint, dass die Entscheidungen, die dem Schuldner die vom Sklaven erlangten Vermächtnisse etc. zusprechen, „ganz gegen das Princip“ sind und dass man aus ihnen „das erbauliche Princip abstrahieren (könne), dass jemand das, was er propter rem oder personam geschenkt erhalten, ex re oder persona habe.“ Damit ist er jedoch entschieden zu weit gegangen. Denn dass der Schuldner die Zuwendung behalten kann, beweist noch nicht, dass sie so angesehen werde, als ob der Sklave sie von ihm erhalten habe.

Mommsen[2] hinwiederum meint, die genannten Entscheidungen „lassen sich nur durch Billigkeitsrücksichten erklären.“ Petrażycki[3] erklärt die l. 13 § 18 D. de act. empti 19.1 für einen widersprechenden Ausspruch, von dem wir nicht wissen, wie er zu erklären ist. Vielleicht habe „Ulpian den Parteiwillen beim Kauf dahin gedeutet, dass der Verkäufer mit dem Sklaven auch die erwarteten, möglichen Erwerbe per servum vom Dritten zu leisten verpflichtet“ sein solle; vielleicht aber sei auch der Text der Stelle verdorben. Ich glaube jedoch, dass das von uns oben[4] entwickelte Princip eine einfache Lösung ist. — Ich kann auch Iherings Bemerkung[5] nicht beistimmen,

1. A. a. O. S. 17, 18.
2. A. a. O. S. 57 Anm. 9.
3. Lehre v. Eink. Bd. I S. 66.
4. S. 78 fg., insbesondere S. 81 fg.
5. A. a. O. S. 18.

„dass es unbegreiflich ist, wie Ulpian und Gaius einem Begriff, den wir im Rechte nicht kennen und der uns das ganze Recht verwirren würde (contemplatione, respectu alicuius), in jenen Fällen juristische Wirksamkeit habe beilegen können“: denn wir haben es doch nicht nur mit dem inneren Motiv des Schenkenden zu thun, sondern mit seinem ausgesprochenen, in foro zu beweisenden Willen.

Die Besonderheiten übrigens, die in diesem Punkte vom Kauf und der actio redhibitoria gelten, müssen m. E. auf alle diejenigen Obligationen Ausdehnung finden, wo ein Zustand hergestellt werden soll, wie er sein würde, wenn die Sache niemals das Vermögen des Gläubigers verlassen hätte, z. B. auch auf die condictiones sine causa, da der innere Grund derselbe ist.

b. Den Gegensatz zu den Vorteilen, welche „ex re debita“[1] geflossen sind, bilden diejenigen, welche der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft aus der Sache gezogen hat, also das lucruum propter negotiationem perceptum. Solche Vorteile braucht der Schuldner nach der allgemein anerkannten Lehre nicht herauszugeben. Diesen Satz hat zuerst Ihering in der mehrfach citierten Schrift[2] uneingeschränkt aufgestellt, dann hat ihn Mommsen[3] übernommen, jedoch ausdrücklich nur mit Beschränkung auf das accessorische commodum, und in dieser Fassung ist der Satz jetzt allgemein anerkannt.[4]

1. Im Sinne Iherings und Mommsens.

2. Abhandlungen aus d. röm. R., Abhandl. 1 „In wie weit muss der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?“ Leipzig 1844.

3. Erörterungen aus dem Oblig.-R., erstes Heft, „Erörterungen über die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est“. Braunschw. 1859.

4. So auch z. B. Windscheid, P. Bd. II § 327 n. 7, Dernburg II § 23.

Diese Lehre stützt sich auf l. 21 D. de hered. vend. 18,4. Hiernach hat der Käufer keinen Anspruch auf den vom Verkäufer durch einen zweiten Verkauf erlangten Kaufpreis, auch wenn die Sache nachher durch casus untergegangen ist.

si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto.

Der Grund wird gleich hinzugefügt:

pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur,

wo nach Mommsens sinnreicher Bemerkung[1] „negotiatio" nicht allgemein „ein" Rechtsgeschäft bedeutet, sondern das ganz bestimmte, mit der Sache vorgenommene (in diesem Falle den zweiten Verkauf), sodass der eigentliche Grund das ist, was man hinter „negotiationem" hinzuzudenken hat, nämlich: cuius periculum ad debitorem pertinet. Denn hinsichtlich des zweiten Verkaufes des Sklaven trägt der Verkäufer die Gefahr, er schuldet also (nach den Grundsätzen des stellvertretenden commodum) dem ersten Käufer trotz des anderen Verkaufes noch die Sache. Diese aber ist durch den casus untergegangen, wofür der Käufer die Gefahr trägt. Also ist der Schuldner von seiner Leistung der Sache (oder des Ersatzes) an den ersten Käufer gänzlich befreit und er kann auch den zweiten Kaufpreis behalten.[2]

Ich stehe jedoch nicht an, die ganze Lehre, dass der Schuldner das (accessorische) lucrum propter negotiationem perceptum behalten könne, für unzutreffend zu erklären, und ich vermag die Beweise, welche dafür vorgebracht sind, in keiner Richtung für genügend zu erachten. Denn Ihering und Mommsen behandeln die Frage nur hin-

1. A. a. O. S. 110.
2. Vgl. S. 23 fg.

sichtlich des Kaufes. Aber wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, gehören noch andere Obligationen in unsere Erörterung, so der Anspruch des Gläubigers aus den condictiones sine causa, aus der actio redhibitoria, aus der actio Pauliana, ferner aus solchen Obligationen, wo der Schuldner eine Sache, die er für den Gläubiger erworben hat, zu restituieren hat. Diese gehören mit dem Kauf (hinsichtlich unserer Frage) auf das allerengste zusammen, denn der Grund, aus dem hier der Gläubiger einen Anspruch auf das lucrum perceptum hat, ist bei allen diesen Obligationen genau derselbe: die Sache wird so angesehen, als befinde sie sich bereits vom Momente des Entstehens der Obligation an im Vermögen des Veräusserers bezw. Gläubigers. So folgt, dass diejenigen Sätze, die, bezüglich des Umfanges der zu prästierenden gezogenen Vorteile, von einer dieser Obligationen gelten, für alle Anwendung finden müssen.

In der That sagen uns die Quellen bei der actio redhibitoria, dass hier der Gläubiger sehr wohl einen Anspruch auf das commodum habe, welches der Schuldner durch Rechtsgeschäfte aus der Sache gezogen habe. Denn nach l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21,1 muss der redhibierende Käufer auch dasjenige mit restituieren, was er durch Vermietung des Sklaven erhält:

quum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit, ... restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit, **mercedesve** a servo vel **a conductore** servi accepit, sed etiam etc.[1]

Ja, für den Kauf selbst besitzen wir ein Zeugnis in l. 13 D. de act. empti 19,1, dass der Verkäufer, der nach dem Verkauf einer (vermietbaren) Sache dieselbe vermietet,

---

1. Vgl. ferner l. 24 D. eod: et generaliter dicendum est, quidquid extra rem emptoris per eum servum acquisitum est, id iustum videri reddi oportere.

das gewonnene Mietsgeld dem Käufer mit herausgeben muss:

item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur.

Bildet nun l. 21 D. de hered. vend. 18,4 einen Widerspruch zu unserer Lehre, dass der Gläubiger — auch beim Kauf also — das lucrum propter negotiationem perceptum beanspruchen könne? In keiner Weise! Denn was besagt l. 21 cit.? Doch nur, dass der Gläubiger keinen Anspruch auf die durch einen zweiten Verkauf des Sklaven erlangten Vorteile haben solle, auch wenn die Sache nachher durch casus untergegangen sei. Diese Entscheidung ist völlig richtig und widerspricht uns nicht. Denn hier handelt es sich ja gar nicht um ein accessorisches commodum, welches der Schuldner aus der Sache gezogen hat. Solange nämlich die Sache dem zweiten Käufer noch nicht tradiert ist, gehört der Kaufpreis überhaupt nicht zu den aus der Sache gezogenen Vorteilen, denn der zweite Käufer kann den Kaufpreis immer noch condicieren, wenn der Verkäufer die Sache dem ersten Käufer tradiert; darum ist, solange diese Möglichkeiten noch vorhanden sind, der Kaufpreis immer nur occasione rei perceptum. Hat aber der Verkäufer dem zweiten Käufer die Sache tradiert, so handelt es sich zwar um ein commodum, das aus der Sache gezogen ist, aber nicht um ein accessorisches, sondern um ein stellvertretendes commodum, denn es wird dadurch gewonnen, dass der Schuldner gleichzeitig die Leistung der Sache unmöglich macht. Geht nun die Sache beim zweiten Käufer casuell zu Grunde, so ändert dies nichts an der Eigenschaft des zweiten Kaufpreises als eines stellvertretenden commodum, und selbstverständlich bekommt der erste Käufer dieses nicht, da er ja in Hinsicht auf dieses Rechtsgeschäft, den zweiten Verkauf, garnicht die Gefahr trug.[1] War aber die Sache casuell zu Grunde ge-

1. Nähere Ausführung s. in § 2 dieser Abhdl.

gangen, bevor sie dem zweiten Käufer tradiert wurde, so hat der erste Käufer ebenfalls keinen Anspruch auf den zweiten Kaufpreis, da dieses pretium immer nur occasione rei perceptum bleibt, woran durch den casus gleichfalls nicht geändert werden kann. Also: diejenigen Vorteile, welche der Schuldner aus der Sache durch solche Rechtsgeschäfte gezogen hat, welche in keiner Weise hre Leistung beeinträchtigten, kann der Gläubiger verlangen. Wird aber die Leitung durch sie — ganz oder teilweise — unmöglich gemacht, so kommt es, wie wir früher gesehen haben, darauf an, ob der Schuldner oder der Gläubiger die Gefahr hinsichtlich des Geschäftes trägt.

Diese Entscheidung ist völlig billig. Z. B.: A., der Inhaber eines Reitinstitutes, welches sich vorzugsweise mit der stundenweisen Vermietung von Pferden abgiebt, verkauft an B., den Inhaber eines ebensolchen Geschäftes, ein Reitpferd. Sollte hier nun, wenn A. vor der Tradition das Pferd noch weiter stundenweise vermietet, (wodurch die Möglichkeit der Leistung in keiner Weise in Frage gestellt wird), sollte hier B. keinen Anspruch auf solche Mietsgelder haben, obwohl er doch die Gefahr trägt, wenn bei einem solchen Ritt das Pferd plötzlich scheu wird und stürzt (was doch im Stalle nicht geschehen wäre), obwohl er dem A. die Futterkosten zu ersetzen hat? Dies wäre eine Begünstigung des Verkäufers, die sich in keiner Weise rechtfertigen lässt.

Wenn andererseits z. B. jemand ein Haus kauft, und, bevor er es übernimmt, der Verkäufer (für den Käufer) noch einen Mietskontrakt auf fünf Jahre abschliesst und auch die erste Rate der Miete einzieht, so darf man natürlich nicht dem Käufer, der vielleicht das Haus selbst bewohnen wollte, dieses Mietsgeld zusprechen und ihn dafür verpflichten, den Mietskontrakt gegen sich gelten zu lassen. Durch ein solches Verfahren des Verkäufers würde

ja eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt werden; und dass die Römer dem Käufer das uneingeschränkte Eigentum an der Sache geben wollen, besagt schon der Satz: Kauf bricht Miete.[1]

Ferner, warum sollte man dem Gläubiger einen Anspruch auf das lucrum propter negotiationem perceptum allgemein versagen, während man ihm einen Anspruch auf die Früchte zugesteht? Die Fruchtziehung aus einem Grundstück stellt sich dar als eine Perception durch die Sache selbst angebotenen Gewinnes. Aber ist der durch ein Rechtsgeschäft gezogene Gewinn ein anderer? Ist denn bei ihm nicht auch die Sache die Hauptsache, und wäre er überhaupt möglich ohne dieselbe? Und erfordert nicht die Vermietung eines Pferdes, die Verpachtung eines Grundstücks etc. in der Regel eine weit geringere Thätigkeit als die Bebauung und Fruchtziehung aus einem Acker?

Alles das haben die Anhänger der herrschenden Lehre auch sehr wohl empfunden und darum suchten sie auf Umwegen, durch ein Surrogat dem Uebelstande abzuhelfen: sie nahmen in vielen Fällen eine negotiorum gestio des Schuldners für den Gläubiger an.[2] Wir brauchen allerdings auch den Gesichtspunkt der negotiorum gestio.[3] Nämlich, wenn z. B. der Verkäufer die Sache nach dem Verkaufe auf eine längere Zeit vermietet hat, sodass dadurch in die Rechte des Käufers eingegriffen wird, in-

---

1. l. 25 § 1, l. 32 D. locati 19,2, l. 9 C. de loc. 4, 65, l. 59 § 1 D. de usufructu 7, 1, l. 120 § 2 D. de leg. I (30).

2. So z. B. Mommsen, a. a. O. S. 116.

3. Abgesehen von dem in den Quellen erwähnten Fall, wo der Verkäufer einer Erbschaft eine Sache aus derselben verkauft hat, hier ist der Käufer, wie wir gesehen haben, verpflichtet, wenn die Handlungsweise des Verkäufers objektiv als eine negotiorum gestio angesehen werden kann, diesen Gesichtspunkt gelten zu lassen. Näheres s. oben S. 34 fg.

sofern das Eigentum, die uneingeschränkte Herrschaft über eine Sache ist, durch die Innehabung des Mieters die Herrschaft aber thatsächlich beschränkt wird. Hier kann ja der Käufer einfach seine Eigentumsrechte geltend machen und den Mieter austreiben; aber in sehr vielen Fällen wird ihm selber die Vermietung sehr willkommen sein; dann wird er sich mit dem Verkäufer, in dessen Interesse es ja auch liegt, dass der Kontrakt bestehen bleibt, da er sonst den Mieter zu entschädigen hätte, ins Einvernehmen setzen und die Vermietung anerkennen. Juristisch ist dann die Konstruktion die, dass beide Teile die Handlungsweise des Verkäufers als negotiorum gestio gelten lassen. Die Fälle dieser Art sind aber auch die einzigen, wo wir den Gesichtspunkt der negotiorum gestio brauchen.

Zinsen jedoch, welche der Schuldner aus geschuldetem Kapital gezogen hat, sind (wenn nicht eine Geschäftsführung vorliegt) niemals zu leisten. So braucht nach l. 10 D. mandati 17,1 der Mandatar, wenn er Geld des Mandanten suo nomine ausgeliehen hat, die daraus gezogenen Zinsen nicht mit zu restituieren:[1]

> si periculo suo credidisset, cessaret . . . in usuris actio mandati.

Ebenso wird es uns für die Societät bezeugt, in l. 67 § 1 D. pro socio 17,2:

> si suo nomine (communem pecuniam foeneravit), quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.

Jedoch kann das Rechtsgeschäft, durch welches aus dem Gelde Vorteile gezogen sind, auch anderer Art sein als eine Ausleihung auf Zins, z. B. können andere

1. Hat er es dagegen nomine creditoris ausgeliehen, so muss er die Zinsen herausgeben, weil dann nämlich eine Geschäftsführung vorliegt. Vgl. auch oben S. 74.

Sachen damit gekauft sein. Auch dann kann der Gläubiger nur die Geldsummen verlangen, die Sachen muss er dem Schuldner lassen. Hiervon reden verschiedene Stellen im Codex.

l. 8 C. si quis alteri 4,50. qui aliena pecunia comparat, non ei, cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quaerit.

l. 1 eod. si pecunia patris fundus mancipiaque comparata sunt, tamen, quum emptiones matris tuae nomine factas esse proponas, ignorare non debes, traditione matrem tuam dominam fuisse constitutam.

Ferner l. 4 C. comm. utriusque iud. 3,38. si patruus tuus ex communibus bonis res comparavit, sibi negotium gerens, . . . pro competentium portionum modo indemnitati tuae consuli oportet; et ideo rem emptam communicare eum, contra iuris formam postulas.

l. 6 C. de rei vind. 3,32. si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparavit ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te transferri, iniuriosum est.

Der Grund, warum der Schuldner Zinsen etc., welche er aus geschuldetem Kapital gezogen hat, dem Gläubiger nicht zu prästieren hat, liegt darin, dass das Geld zu den fungiblen Sachen gehört.[1] Hier wird sich in den allerseltensten Fällen feststellen lassen, ob das vom Schuldner weiter ausgeliehene Geld gerade das ist, welches ihm der Gläubiger gegeben hat.[2] Und wenn eine solche Feststellung möglich ist, so ist sie ganz ohne Wert; denn ich

1. Vgl. auch l. 62 pr. D. de rei vind. 6, 1: (quum) pecunia periculo dantis foeneretur.

2. Vgl. auch l. 8 C. si quis alteri 4, 50: cuius nummi fuerunt.

kann ebenso, wenn ich 5000 M. besitze und 5000 als Mandatar mit einem bestimmten Auftrage erhalte, meine 5000 M. für den Mandanten und dessen 5000 M. für mich ausleihen. Hat also der Schuldner das Geld nicht in Geschäftsführung für den Gläubiger verliehen, so hat er die damit gezogenen Zinsen nicht zu prästieren. Damit wird er noch lange nicht von jeder Ersatzpflicht frei; denn nun fragt es sich, ob er nicht aus anderen Gesichtspunkten verpflichtet ist, Zinsen zu prästieren, Zinsen, „welche er hätte ziehen können." Davon aber soll im zweiten Teile der Abhandlung die Rede sein.

Eine Antinomie scheint sich im Vergleich mit den eben behandelten Quellenaussprüchen aus l. 34 D. de usuris 22,1 zu ergeben, welche zu sagen scheint, dass bei allen denjenigen Obligationen, bei denen Früchte zu leisten sind, auch die gezogenen Zinsen zu prästieren seien.

> usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari; et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.

In der That aber besagt die Stelle dies garnicht, wie auch nicht anzunehmen ist, dass Ulpian hier das Gegenteil von dem sagen sollte, was er in l. 10 § 8 D. mandati 17,1 lehrt; die Stelle drückt sich nur etwas undeutlich aus, was vielleicht erst dadurch herbeigeführt ist, dass sie aus ihrem Zusammenhange herausgerissen ist: Sie will uns nur ganz allgemein den Begriff der fructus civiles entwickeln.[1] Daher sagt sie, dass die Zinsen und ceterae obventiones vicem fructuum obtinent[2] und die Lehre von ihnen von der Lehre von den Früchten nicht zu trennen sei. Dass

1 u. 2. Vgl. auch l. 36 D. eod.: praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.

der Jurist damit hat aussprechen wollen, dass dort, wo die gezogenen Früchte zu prästieren sind, auch die gezogenen Zinsen geleistet werden müssten, ist ein Trugschluss, — zu dem man sich allerdings leicht verleiten lassen kann. Nämlich nicht aus der geringsten Andeutung geht hervor, dass es sich um die gezogenen Zinsen handelt, vielmehr stellt Ulpian nur den Satz auf: Wo Fruchtprästation, da auch Zinsprästation. Wenn nun nach den obigen Entwicklungen die gezogenen Zinsen dort, wo nicht eine Geschäftsführung des Schuldners für den Gläubiger vorliegt, nicht zu leisten sind, so kann ja immer noch für ihn eine Haftung für die percipiendae usurae bestehen.[1]

Nunmehr verstehen wir auch l. 121 de V. S. 50,16:

> usura pecuniae, quam percepimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

Die Stelle will also sagen: Zinsen bilden nicht ein commodum ex re, hinsichtlich der bestimmten hin-

1. Dass nun nicht gar in l. 34 cit. eine Aufzählung der Obligationen beabsichtigt ist, bei denen die usurae perceptae zu ersetzen sein sollten, geht schon daraus hervor, dass hier die Legate und Fideikommisse genannt sind, bei denen ja ein Anspruch selbst auf die Früchte erst von der Litiskontestation oder mora an besteht (s. oben S. 54 fg.). Es soll, wie bereits im Texte bemerkt, nur gesagt werden: Zur Fruchtprästation gehört die Prästation von Zinsen, — ohne dass im einzelnen die Frage behandelt wird, wann denn bei den verschiedenen Obligationen Zinsen zu ersetzen seien. Die Hervorhebung der bonae fidei iudicia hat ebenfalls nicht etwa die Bedeutung, dass damit für die iudicia stricti iuris hinsichtlich des Verhältnisses der Zinsen zu den Früchten andere Grundsätze als massgebend aufgestellt werden sollen, sondern der Jurist hat nur zum Schluss die Bemerkung leicht hingeworfen: jene Grundsätze gelten überall da, wo Früchte überhaupt prästiert werden müssen — und dies sind eben an sich nur die bonae fidei iudicia. (Vgl. oben S. 51 fg.)

gegebenen Geldstücke („non ex ipso corpore"), sondern sie sind demjenigen zuzusprechen, dem sie die neue Obligation zuspricht („nova obligatio" ist hier zu übersetzen mit „die neue Obligation", nicht mit „eine neue Obligation"). War diese also in Ausübung eines Mandates etc. geschehen, so erhält die Zinsen der Gläubiger, hat dagegen der Schuldner das Geld für sich ausgeliehen, so behält er die Zinsen.

Bilden wir nun aber auch das argumentum a contrario aus der Stelle: War die geschuldete Sache, aus der durch ein Rechtsgeschäft Vorteile gezogen worden sind, nicht Geld, sondern eine nichtfungible Sache, dann gehören die Vorteile zu den fructus (sc. civiles); denn sie sind ex ipso corpore gezogen, m. a. W.: denn sie sind ein lucrum ex re. Hiermit aber würde überhaupt schon die ganze Lehre der Unterscheidung zwischen „lucrum ex re" und lucrum propter negotiationem perceptum zusammenbrechen.

Gewiss ist jene Unterscheidung auch innerlich hinfällig: denn, wie bereits oben bemerkt, die Früchte z. B. werden als ein lucrum „ex re" angesehen, weil, wie man sagt, die Fruchtziehung aus einem Grundstück sich lediglich als eine Perception durch die Sache selbst angebotenen Gewinnes darstelle, indem doch die Sache die Hauptsache sei. Genau so verhält es sich aber auch bei den fructus civiles, auch hier ist die Sache die Hauptsache und eine Gewinnung dieser Vorteile ohne die Sache selbst unmöglich.[1]

---

1. Auch die Quellen machen keine Schwierigkeiten, denn in l. 21 D. de hered. vend. 18, 4, wo allein der Ausdruck „propter negotiationem percipitur" vorkommt, ist, wie früher bereits einmal bemerkt (S. 88 fg.), das ganz bestimmte Rechtsgeschäft gemeint, (der zweite Verkauf), und dieses ist ja ein solches, welches gleichzeitig die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte.

Fassen wir nun noch das Resultat dieses Paragraphen kurz zusammen, so ergiebt sich:

1. Dort, wo der Schuldner die Vorteile nur occasione rei gezogen, kann er sie stets behalten.

2. a) hat der Schuldner innerhalb einer Geschäftsführung für den Gläubiger die Vorteile aus der Sache gezogen, so muss er sie unterschiedslos herausgeben.

b) In den übrigen Fällen muss der Schuldner, jedoch ausgenommen dort, wo es sich um eine fungible Sache handelt, diejenigen Vorteile herausgeben, welche er gezogen hat, ohne die Möglichkeit der Leistung ganz oder auch nur teilweise in Frage zu stellen. Denn in dem letzteren Falle braucht der Gläubiger die Handlungsweise des Schuldners nicht anzuerkennen; jedoch können hier beide Teile übereinkommen, die Thätigkeit des Schuldners als eine negotiorum gestio für den Gläubiger anzusehen.

Zweiter Teil.

Das lucrum percipiendum.

§ 5.

Wo steht dem Gläubiger ein solcher Anspruch zu?

Unter Umständen steht dem Gläubiger ein Anspruch auf die Vorteile zu, welche der Schuldner aus der geschuldeten Sache hätte ziehen können, aber nicht gezogen hat. Wir haben hier jedoch nur die Fälle zu behandeln, in denen das obligatorische Verhältnis selber eine Verpflichtung des Schuldners, für den Gläubiger thätig zu sein, begründet. Dagegen interessiert es uns nicht, wenn durch ein besonderes Verhalten des Schuldners, z. B. durch mora, eine solche Haftung herbeigeführt wird.

Fragen wir nun, bei welchen Obligationen eine so weitgehende Haftung des Schuldners vorliegt.

1) Zunächst hören wir in l. 19 §. 4 D. de neg. gest. 3,5, dass der negotiorum gestor bei der Rückzahlung des Kapitals auch die Zinsen, die er gezogen hat oder jedenfalls hätte ziehen können, zu prästieren hat.[1]

> non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus.

Bei der societas muss der Socius, welcher gemeinschaftliches Geld zu eigenem Gebrauch verwendet hat, gesetzliche Zinsen zahlen.

---

1. Ebenso l. 30 § 3 D. de neg. gest. 3, 5, l. 36 § 1 D. eod.

l. 1 § 1 D. de usur. 22,1. socius, si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo, etiam mora non interveniente, praestabuntur usurae.

Für das Mandat heisst es dann in l. 10 § 3 D. mandati 17,1, dass der Mandatar verpflichtet ist, wenn er das Geld des Mandanten nicht ausgeliehen, sondern zu eigenem Gebrauch verwandt hat, gesetzliche Zinsen zu zahlen:

quodsi non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur.

Diese Prästation von gesetzlichen Zinsen ist aber, wie wir später sehen werden,[1] weiter nichts als eine Prästation von Vorteilen, die der Schuldner hätte ziehen können.

Ebenso ist der Regel nach[2] der curator zur Leistung von gesetzlichen Zinsen obligiert, wenn er das Geld des Bevormundeten für eigene Zwecke verwendet hat.

l. 3 C. arbitr. tut. 5,51. quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere.

Vom tutor ferner spricht mit völliger Klarheit l. 58 § 1 D. de ad min. et peric. 26,7:

respondit, si eam pecuniam (tutor) in se vertisset, omnium pecuniarum usuras praestandas. quodsi pecunia mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, sed foenori dare, quum potuisset, neglexisset.

Ferner spricht l. 38 D. de neg. gest. 3,5 dasselbe aus für den negotiorum gestor und den tutor.

ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, . . . in usus suos convertit, maximas usuras praestat.

---

1. S. 116 fg.
2. Vgl. S. 33 a. E., 34.

Jedoch gilt bei der Vormundschaft noch die billige, positive Bestimmung, dass die Prästation der usurae percipiendae erst nach Ablauf von sechs Monaten eintreten solle. Dies wird in l. 15 D. de admin. et peric. 26,7 für den tutor bezeugt, gilt aber zweifellos auch für den curator mit; denn der innere Grund trifft in beiden Fällen zu: dem Vormund soll erst einige Zeit gelassen werden, sich in Ruhe in die Vermögensverhältnisse hineinzufinden.

si tutor constitutus . . . intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit, ipse . . . in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.[1]

Der Grund, warum dem Mandatar wie dem curator u. s. w. eine derartige Verpflichtung auferlegt wird, liegt in der Art des obligatorischen Verhältnisses, welches ja eine Geschäftsführung mit sich bringt und verlangt. Deshalb dürfen wir dem den allgemeinen Satz entnehmen, dass bei allen Obligationen, die auf eine Geschäftsführung des Schuldners für den Gläubiger hinauslaufen, der erstere verpflichtet ist, alle Vorteile zu ziehen, die er ziehen kann, widrigenfalls er sie ersetzen muss. Ein Unterschied zwischen einem lucrum „ex re“ und einem lucrum propter negotiationem perceptum findet hier, schon gemäss dem Charakter der Obligationen, selbstverständlich nicht statt.

2) In einer anderen Gruppe von Stellen wird eine eben solche Verpflichtung statuiert, ohne dass die Obligation selbst auf eine Geschäftsführung geht.

So hat der Verkäufer eines Grundstückes, wenn er Früchte culposer Weise nicht gezogen hat, diese nach l. 21 D. de hered. vend. 18,4 zu prästieren:

quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei

1. Von anderen einschlägigen Stellen seien noch citiert l. 20 § 1 C. de neg. gest. 2, 18, l. 24 C. de usuris 4, 32.

ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si culpa eius argueretur.

Hier ist zwar nur die Rede von nicht gezogenen Früchten, aber dasselbe muss für alle Vorteile gelten; denn für die actio redhibitoria, welche das Gegenstück des Kaufes bildet, wird es allgemein ausgesprochen.

l. 23 § 9 de aedil. ed. 21,1. quum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit vel culpa eius non pervenit, restitui oportet.

Der Grund, der beim Kaufe den Schuldner verpflichtet, im Interesse des Gläubigers positiv thätig zu sein, ist der, dass der Verkäufer die Sache für den Käufer in Händen hat, und der gutgläubige Verkehr verlangt, dass der Verkäufer, der den Kaufvertrag abgeschlossen, die Sache aber noch nicht geleistet hat, diese nicht vernachlässigt, sondern dass er für den Käufer thätig wird; oder, was auf dasselbe hinauskommt, es wird als selbstverständlich angenommen, dass die Parteien, wenn sie daran gedacht hätten, dies ausdrücklich ausgemacht hätten.

Aus dem Gesagten erhellt auch, dass es sich nicht um einen bedingten Kauf handeln darf, weil hier bis zum Eintritt der Bedingung der Verkäufer die Sache für sich selbst besitzt, da man ja noch garnicht weiss, ob die Bedingung in Erfüllung gehen wird.

Bei der actio redhibitoria ist der Grund derselbe, nur wird hier nachträglich fingiert, der Schuldner habe die Sache nur für den Gläubiger in der Hand gehabt.

So sind wir berechtigt, den Satz der Prästation des lucrum percipiendum auf alle diejenigen Fälle auszudehnen, in welchen, sofort oder nachträglich, fingiert wird, der Gläubiger habe die Sache bereits von der Entstehung der Obligation an in seinem Vermögen gehabt, also auch auf die restitutio in integrum im engeren Sinne, auf die durch den Eintritt einer Resolutivbedingung vermöge der Rückziehung begründete

Forderungsklage, ferner auch auf den alternativen Kauf. Denn auch im letzteren Falle wird, wie früher entwickelt,[1] nachträglich fingiert, dass die Sache, für welche sich der Teil, welcher das Wahlrecht auszuüben hat, entscheidet, gleich bei Abschluss des Kontraktes in das Vermögen des Käufers übergegangen sei.

Für das depositum jedoch, für das Kommodat etc. wäre unser Satz geradezu falsch, da hier auch der Gläubiger von Entstehung der Obligation an Eigentümer der Sache ist, ohne dass aber dabei der Schuldner zur Prästation des lucrum percipiendum verpflichtet ist. Daraus folgt: dass unser oben aufgestellter Satz nur Geltung hat, soweit nicht durch die Art der Obligation von selbst eine Verpflichtung des Schuldners, für den Gläubiger thätig zu sein, ausgeschlossen ist.

Für die actio Pauliana gilt eine Besonderheit. Hier hat nach l. 10 § 19, 20 D. quae in fraud. 42,8 der Gläubiger einen Anspruch auf die Vorteile, welche der Kridar hätte ziehen können:

> et fructus non tantum, qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt.

Der Grund liegt darin, dass der status hergestellt werden soll, als habe der Gemeinschuldner niemals das Eigentum an der Sache verloren. Dies kann eine schärfere oder eine mildere Haftung für den dritten Erwerber sein, eine mildere dann, wenn der Kridar nachlässiger als er, eine schärfere, wenn derselbe sorgfältiger als er ist. Eine solche schärfere Haftung wäre aber gegenüber dem bösgläubigen Erwerber keine Unbilligkeit, gegenüber dem gutgläubigen kommt sie insofern nicht zur Anwendung, als dieser von vornherein nur in Höhe der Bereicherung haftet. Jener malae fidei-Erwerb also bildet einen besonderen Verpflichtungsgrund; diese aber haben wir, wie zu

---

1. S. 48.

Beginn des zweiten Teiles bemerkt, von unserer Erörterung auszuschliessen.

§ 6. Die Voraussetzung der culpa des Schuldners.

Bis in die neueste Zeit ist unter den Gelehrten allgemein angenommen worden, dass die Prästation von Vorteilen, welche der Schuldner aus der geschuldeten Sache hätte ziehen können, auf seiner culpa beruhe, m. a. W., dass es solche Vorteile seien, die er durch seine culpa nicht gezogen habe.[1]

Dem gegenüber hat sich Petrażycki[2] das Verdienst erworben, zuerst darauf hingewiesen zu haben, dass die Unterlassung der Gewinnung nicht notwendig durch culpa geschehen zu sein braucht, dass vielmehr der Verpflichtete Geld und vermietbare etc. Sachen auch in eigenen Gebrauch hat nehmen können, und dass der Ausdruck „(usurae, pensiones etc.), quae percipi potuerunt“ dann weiter nichts als den Schätzungsmassstab, die Methode der Messung angeben solle, für das also, was der Schuldner durch eine Verwendung zu eigenem Gebrauch erspart hat, für das „fingierte Einkommen“, welches er erhält.

Praktisch jedoch wird der Satz, wonach es kein wesentliches Kriterium für eine solche Haftung ist, dass die Vorteile culposer Weise nicht gezogen sind, einzig und allein, wenn es sich um Geld oder eine res, quae locari solet, handelt (woraus der Verpflichtete keine Zinsen oder sonstige fructus (civiles) gezogen hat, weil er sie in eigenen Gebrauch genommen hat).

Eins der praktischen Beispiele, die Petrażycki anführt, beweist unsere Theorie zur Genüge: „Ein städtisches Grundstück gehört zwei Personen A. und B. Während einer längeren Abwesenheit des A. hat B. einen Teil des Hauses selbst bewohnt, einen Teil vermietet. Kann der

1. So auch Mommsen, a. a. O. S. 62, 63.
2. Lehre v. Eink. Bd. II S. 67 fg.

A. nach der Rückkehr dem B. sagen, dass das Einkommen von dem nicht vermieteten Teil des Hauses aus dem Grunde geschätzt werden solle, weil B. nicht als ein bonus paterfamilias gehandelt hat, indem er nicht das ganze Haus vermietet hat? Eine solche Begründung wäre ganz lächerlich. Kein vernünftiger Mensch würde dem Socius als culpa vorwerfen, dass er einen Teil des gemeinsamen Hauses selbst bewohnt hat. Warum soll er sich selbst eine andere Wohnung mieten? Vielleicht enthielte diese komplicierte und zwecklose Manipulation gerade eine Unordentlichkeit, welche gegen die gemeinsamen Interessen verstiesse. Indem der Miteigentümer selbst im Hause wohnte, hat er die Kosten eines Hausverwalters erspart, da er selbst das Haus beaufsichtigte, die notwendigen Massregeln selbst vornehmen konnte etc. Obwohl im Betragen des B. keine culpa vorhanden ist, werden doch die pensiones, quae percipi potuerunt, geschätzt. Der Grund der Schätzung und der Teilung (Einrechnung) besteht nicht in der schuldhaften Unterlassung der Vermietung, sondern eben darin, dass B. selbst das Haus bewohnt hat."

Einen ferneren Beweis unserer Theorie erhalten wir durch l. 10 § 3 D. mandati 17,1. Hiernach hat der Schuldner,

si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, dem Mandanten gesetzliche Zinsen zu leisten (usurae, quae legitimo modo in regionibus frequentantur). Diese sind aber, wie wir unten des näheren sehen werden,[1] weiter nichts als ein Ersatz für nicht gezogene Vorteile.

Zwar sprechen die Quellen zur Bezeichnung der Vorteile, welche der Verpflichtete hätte ziehen können, auch von einem Gewinn, der „culpa eius (ad eum) non pervenit",[2] ebenso wie es dem Verkäufer eines fundus nicht an-

1. S. 116 fg.

2. l. 23 § 9 D. de aedil. ed. 21, 1.

gerechnet werden solle, wenn er das verkaufte Grundstück vernachlässigt und keine Früchte von demselben gezogen hat, „nisi si culpa eius argueretur".[1] Jedoch bildet dies keinen Widerspruch mit dem von uns Gelehrten. Wir müssen die Stellen nur richtig verstehen, nämlich, dass es dem Juristen in der Hauptsache nur darauf ankam, zu sagen, dass unter den und den Umständen der Schuldner auch für die Vorteile, die er hätte ziehen können, haften solle, und dass der Jurist deshalb garnicht den doch nicht regelmässigen Fall anführte, dass es sich um eine vermietbare Sache (z. B. ein Schiff, Mietshaus u. s. w.) oder um Geld handelt (wobei ja allein die Lehre vom fingierten Einkommen praktisch Platz greift), sondern dass er die Regel nur an dem zunächst liegenden, gewöhnlichen Fall erläutert, wo die Sache nicht eine derartige ist. Hierbei wird allerdings jene Unterlassung immer auf ein culposes Verhalten zurückzuführen sein, was aber keineswegs beweist, dass die culpa ein Kriterium für die Haftung auf das lucrum percipiendum überhaupt ist.

Der Grund, aus dem der Schuldner Vorteile nicht gezogen hat, kann übrigens ein ganz verschiedener sein. Der Schuldner kann eine notwendige Reise[2] unterlassen, einen notwendigen Prozess nicht geführt haben, er kann auch, wie wir eben gesehen, die Sache in eigenen Gebrauch genommen haben. Auch wenn der Schuldner nicht genügend Vorteile gezogen hat, macht er sich haftbar (wobei dann der Anspruch auf den Rest geht). Dies kann auch dadurch herbeigeführt werden, dass er zu grosse Impensen aufgewendet hat, wie es in l. 1 C. de fruct. 7, 51 heisst:

hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest.

1. l. 21 D. de hered. vend. 18, 4.
2. Vgl. l. 10 § 9 D. mandati 17, 1.

Der Schuldner kann auch dadurch die Interessen des Gläubigers verletzt haben, dass er in dem Falle, wo die geschuldete Sache der ideelle Anteil an einem fundus communis ist, bei einem etwaigen Teilungsprozesse, den der Socius anstrengt, in der licitatio eine zu hohe Summe geboten hat. In den Quellen finden wir einen Hinweis auf diese Möglichkeit nur für den Fall eines dolosen Handelns des Schuldners, aber sicherlich gilt für die culpa dasselbe, da der Grundgedanke der ist, dass der Verpflichtete für nicht gehörige Wahrnehmung des Vorteiles des Gläubigers haften solle.

l. 7 § 13 D. comm. div. 10,3. nam et si partem vendideris rei et, priusquam traderes emptori, communi dividundo iudicio provocatus fueris, aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur, ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit. quinimo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum. solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit.

Wie wir ausgeführt haben, liegen also zwei Möglichkeiten vor, die eine Prästation des lucrum percipiendum bedingen können: entweder hat der Schuldner culpos gehandelt oder (was nur bei Geld oder vermietbaren Sachen möglich ist) er hat diese für sich verwendet. Daraus folgt, dass der Schuldner liberiert wird, wonn er nachweist, dass weder das eine noch das andere der Fall ist.[1]

---

1. Nicht als culpa wird es dem Verpflichteten angerechnet, wenn er die Vorteile zwar hat ziehen können, aber nicht anständigerweise, denn das Recht kann niemand zu einem solchen Verhalten zwingen. Ausdrücklich bezeugt ist es in l. 58 § 1 D. de admin. et peric. 26, 7: quod bona fide percepisset aut percipere potuisset,

Nähere Begrenzung des Anspruches.

§ 7. a. Gegenstand.

A. Nicht jede Art von Vorteilen zu ziehen ist der Schuldner verpflichtet. Vielmehr fallen unter das lucrum percipiendum auch nur solche Vorteile, die er, wenn er sie wirklich gezogen hat, herauszugeben braucht. Also ist der Schuldner

1) nicht zu einer solchen Handlungsweise verpflichtet, durch welche die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird;

2) braucht er nicht, wo nicht eine Geschäftsführung für den Gläubiger vorliegt, das lucrum percipiendum aus Fungibilien, insbesondere aus Geld, dem Gläubiger zu prästieren. So hat der Käufer nicht den Kaufpreis sofort von der Perfektion des Kontraktes an zu verzinsen.

ad 1). Dieses Resultat rechtfertigt sich auch aus praktischen Erwägungen. Z. B.: Soll man den Verkäufer eines Mietshauses verpflichten, für den Käufer noch Mietskontrakte abzuschliessen, wenn sich etwa Mieter für leer stehende oder frei werdende Wohnungen finden sollten? Er weiss ja doch garnicht, ob dies nicht den Interessen des Käufers zuwider laufen würde. Denn dieser will vielleicht die betreffenden Wohnungen garnicht vermieten, er will sie vielleicht selbst bewohnen, oder er will sie erst noch umbauen lassen, oder er will das ganze Haus vielleicht zu einer Fabrik einrichten, oder er will es gar niederreissen lassen.

Andererseits ist es aber auch völlig billig, den Schuldner zu solchen Massnahmen zur Erlangung von Vorteilen zu verpflichten, welche in seiner Macht stehen, ohne dass durch sie die Leistung der Sache in irgend einer Weise beeinträchtigt wird. Z. B., um ein früher gebrauchtes Beispiel anzuwenden, A., der Inhaber eines Reitinstitutes, welches sich vorzugsweise mit der stundenweisen Ver-

mietung von Pferden abgiebt, verkauft an B., den Inhaber eines ebensolchen Geschäftes, ein Reitpferd. Warum sollte hier A. nicht angehalten werden, das Pferd vor der Tradition, wenn es ihm möglich ist, wie sonst weiter zu vermieten? In der Unterlassung läge doch geradezu eine Kapitalverschwendung, da dann die Arbeitskraft des Pferdes die ganze Zeit hindurch unbenutzt bliebe.

ad 2). Von dem Satze, dass der Schuldner das lucrum percipiendum aus Fungibilien nicht zu ersetzen verpflichtet ist, finden sich eine grosse Reihe von Ausnahmen, die aus Billigkeitsgründen statuiert sind, sodass die Regel fast zur Ausnahme wird.

1. So hat beim Kauf der Käufer nach der Tradition der Sache an ihn den Kaufpreis zu verzinsen.

l. 13 § 20 D. de act. empti 19,1. veniunt autem in hoc iudicium . . . in primis pretium, quanti res venit: item usurae pretii post diem traditionis.[1]

2. Auch bei der actio redhibitoria hat der Verkäufer den Kaufpreis mit Zinsen zurückzuerstatten.

l. 29 § 2 D. de aed. ed. 21,1. an et usuras pretii consequatur? . . . et placet consecuturum.

3. Beim Pfandvertrag hat der Pfandgläubiger, der wegen Nichtbefriedigung die Pfandsache verkauft hat, aber zu einem höheren Preise, als die Schuld betrug, diesen Ueberschuss dem Schuldner zu verzinsen.

l. 5 § 1 D. de pign. act. 13,7. sie creditor pluris fundum pignoratum vendiderit, si id foeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet.

4. Von der restitutio in integrum reden zwei Stellen. Sie handeln beide nur vom Minderjährigen, der nach erlangter Restitution den Kaufpreis zurückzugeben

---

1. Ebenso l. 5 C. de act. empti 4, 49, l. 18 § 1 D. de usuris 22,1, l. 2 C. eod. titulo 4, 32.

hat, aber sie sind auf alle Fälle der Restitution zu übertragen.[1]

l. 47 § 1 D. de minor. 4,4. si decreto praetoris adolescentes in integrum restituti fuerint, . . . (emptor) pretium cum usuris recipere deberet.[2]

In Verbindung mit dieser Stelle ist l. 27 § 1 D. eod. zu bringen: Ein Minderjähriger hat sich Geld geliehen und mit dem Gelde, zu einem viel zu teueren Preise, ein Grundstück gekauft. Hier kann der Darlehnsgläubiger, der sonst keine Klage gegen den minor hätte, verlangen, dass der Kauf rückgängig gemacht wird, sodass er sein Geld wiedererlangen kann. Ebenso soll der Fall behandelt werden, wo der minor mit eignem Gelde zu teuer eine Sache gekauft hat. In beiden Fällen soll dann der den Kaufpreis restituierende Verkäufer zugleich auch die usurae percipiendae mit leisten.

venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat.

Diese Ausnahmen sind, wie gesagt, aus Billigkeitsrücksichten statuiert,[3] und zwar wird uns der Grund in den Quellen selbst angegeben: beim Kauf heisst es, dass der Käufer ja auch den Genuss der Früchte habe.

l. 13 § 20 D. de act. empti 19,1. nam cum re emptor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

Prima facie scheint die Stelle zu besagen, dass der Käufer deswegen den Kaufpreis nach der Tradition verzinsen solle, weil er nach der Tradition in den Genuss der Früchte trete. So wird sie auch gemeiniglich verstanden. Bei dieser Auffassung allerdings wäre es richtig, was Petra-

1. Vgl. l. 81 D. de V. S. 50, 16.

2. In der citierten Stelle lag der Fall etwas kompliciert, und es fragte sich noch, ob die minores oder der curator bezw. dessen Erben zur Zahlung der Zinsen verpflichtet seien. Dies geht uns aber hier nichts an.

3. Vgl. auch l. 2 C. de usuris 4, 32: aequitatis ratione praestare cogitur.

Życki[1] sagt, dass „diese Erklärung (d. h. die Erklärung, welche die Stelle selbst giebt) eine genauere Kritik nicht bestehen“ kann. Denn wenn sie zutreffend wäre, so müsste die Zinsenpflicht des Käufers für die ganze Zeit bestehen, während deren der Käufer die Früchte bekommt. Er bekommt aber die Früchte vom Abschluss des Kontraktes an. Wir müssen also die Stelle ein klein wenig anders verstehen: weil der Käufer die Früchte (für die ganze Zeit post perfectam venditionem) bezieht, darum soll er den Kaufpreis wenigstens post diem traditionis verzinsen. Dies ist dann eine ganze billige Entscheidung. Dem Käufer eine Zinsenpflicht vom Vertragsschlusse an zuzuschreiben, verbot sich deshalb, weil der Käufer die Summe, welche er als Preis hingeben will, nicht verzinslich anlegen oder zu eigenem Gebrauch verwenden kann, sondern sie für den Verkäufer zu jederzeitiger Leistung bereit halten muss. Andererseits aber erschien es den Römern als eine zu grosse Begünstigung des Käufers, ihm die Früchte so ganz ohne Entgelt zuzuschreiben, und daher stammt die Bestimmung: er soll das pretium wenigstens von dem Momente ab verzinsen, wo ihm die Sache tradiert ist.

Bei der actio redhibitoria trifft eine ähnliche Beschränkung nicht zu. Der Verkäufer hat, wenn ihm der Preis gezahlt wird, noch keine Ahnung davon, dass er ihn später einmal restituiren muss, und er wird darum sofort von dem Gelde Verwendung machen, entweder durch verzinsliche Anlage oder in usum conversio. Wenn hier also bei der Redhibition der Verkäufer die Früchte für die ganze Zeit verlangt, so ist es nur billig, wenn er auch den Kaufpreis für die ganze Zeit verzinst.

l. 29 § 2 D. de aed. ed. 21,1. maxime quum fructus quoque ipse (emptor) restituat.

---

1. Lehre v. Eink. Bd. II S. 153.

Bei der restitutio in integrum kann der Grund auch kein anderer sein, denn auch hier hat der Käufer etc. die Früchte zu prästieren.[1]

Beim Pfandvertrag ist der Grund ein ähnlicher. Hier wird nämlich angenommen, dass der Pfandgläubiger den Ueberschuss, wenn er ihn nicht für den Pfandschuldner ausgeliehen hat, sicherlich zu eigenem Gebrauch verbraucht hat.

l. 6 § 1 i. f. D. de pign. act. 13,7. et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet.

Kann er jedoch nachweisen, dass keiner dieser beiden Fälle zutrifft, also wenn er das Geld als depositum niedergelegt hat, so wird er von der Haftung für die Zinsen frei.

eod: quodsi eam depositam habuerit, usuras non debet.

Die Höhe der zu prästierenden Zinsen bestimmt sich in all diesen Fällen nach dem landesüblichen Masse (also nicht usurae maximae).[2]

Nach den obigen Erörterungen hat auch bei den Kondiktionen der Gläubiger keinen Anspruch auf usurae percipiendae. Die Quellenstellen, welche dies aussprechen, nämlich l. 1 C. de cond. ind. 4,5 für die condictio indebiti, l. 4 C. de cond. ob turpem caus. 4,7, erschienen vielen befremdlich.[3] Von unserer Theorie aus erklärt es sich sehr einfach: Eine Ausnahme ist für die Kondiktionen nicht gemacht, obwohl dies hätte geschehen können. Gegen eine solche

1. Jedoch gilt zu Gunsten des minor noch die eine Beschränkung, dass er Früchte nur bis zur Bereicherung herausgegeben hat. l. 27 § 1 D. de minor. 4, 4: et (venditor) fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat.

2. Näheres S. 115 fg. — In Bezug auf den Pfandvertrag derselben Ansicht Dernburg, Pfandr. II S. 221 fg.

3. So sucht Windscheid, P. § 424 Note 2, die Bestimmungen „lediglich aus der Formelkonception“ zu erklären.

war vor allem der Gesichtspunkt, dass die Kondiktionen nur auf die Bereicherung gehen, gesetzliche Zinsen aber solche Zinsen sind, welche der Schuldner aus einer solchen Summe hätte ziehen können.[1] Diese Motivierung wäre theoretisch durchaus folgerichtig, nichtsdestoweniger aber würde sie in ihrer praktischen Anwendung in den meisten Fällen falsch sein. Denn vielfach wird der Schuldner wirklich dadurch, dass er die bestimmte Geldsumme erlangt hat, Vorteile (Zinsen) gezogen haben. Hätte man aber deswegen für die Kondiktionen eine Ausnahme statuiert und allgemein die Leistung gesetzlicher Zinsen dem Schuldner auferlegt, so wären wiederum alle diejenigen Schuldner, die thatsächlich keine Vorteile durch das Geld erlangt haben, angehalten worden, Zinsen zu zahlen, „welche hätten gezogen werden, können", obwohl sie selber keine gezogen haben, mithin wären sie über den Betrag ihrer Bereicherung hinaus haftbar gemacht. Dies hätte aber wieder den Grundgedanken der Kondiktionen widersprochen, und darum haben die Römer auch von der Statuierung einer Ausnahme für dieselben, der Leistung gesetzlicher Zinsen, abgesehen.

B. Auch in Hinsicht auf dasjenige lucrum percipiendum, welches der Schuldner nach den obigen Erörterungen zu prästieren hat, sind noch einzelne Fragen zu besprechen.

Wir haben bei der Behandlung derjenigen Vorteile, welche der Schuldner wirklich gezogen hat,[2] nachzuweisen versucht, dass der Schuldner Ersatz für die zur Erlangung der Vorteile gemachten Impensen beanspruchen kann, dass diese sogar, wenn die zu leistenden Vorteile „Früchte" sind, ipso iure sich vom Bruttoertrag subtrahieren, sodass als Gegenstand der Prästation der „Rein-

1. Näheres unten, S. 116 fg.
2. Im ersten Teil, § 1, dieser Abhdl.

ertrag" übrig bleibt. Wir wollen uns nun fragen, ob auch bei den Vorteilen, welche der Verpflichtete bei der im einzelnen Falle erforderlichen Diligenz hätte ziehen können, ebenso verfahren wird.

M. E. ist die Frage zu bejahen, sodass der Schuldner bei der Prästation von dem Werte der Vorteile, die er hätte ziehen können, auch die Impensen, die er normaler Weise dann gemacht haben würde, abziehen kann. Denn der Grund einer solchen Prästation ist doch der, dass der Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners keinen Schaden erleiden soll; würden aber die Impensen, die im Falle der wirklichen Gewinnung gemacht sein müssten, garnicht in Anrechnung kommen, so würde er ja dadurch, dass der Schuldner keine Vorteile gezogen hat, auf Kosten desselben ein Plus erhalten. Z. B. der Bruttowert der Früchte, die aus einem geschuldeten Grundstück jährlich gezogen werden, beträgt 500; dafür werden aber 300 an Impensen aufgewendet. Hat der Schuldner ordnungsmässig das Grundstück bebaut, so wird er demnach als Reinertrag 200 herauszugeben haben. Hat er aber keine Früchte gezogen, so dürfte man doch nicht dem Gläubiger einen Anspruch auf die vollen 500 zusprechen! Für eine solche Bereicherung des Berechtigten auf Kosten des Verpflichteten ergäbe sich absolut kein Grund.

Das Unbillige einer solchen Entscheidung tritt am deutlichsten hervor, wenn es sich um einen Fall handelt, wo den Schuldner gar keine culpa an der Nichtgewinnung trifft, z. B. wenn er das geschuldete Haus nicht vermietet, sondern selbst bezogen hat. Sollte hier dem Schuldner, wenn er eine notwendige Neutapezierung hat vornehmen lassen, die unter allen Umständen, auch wenn er das Haus vermietet hätte, erforderlich gewesen wäre, sollte hier dem Schuldner gar kein Gegenanspruch zustehen?

So kann der Schuldner auch, wenn er eine notwendige Reise unterlässt und infolgedessen irgend welchen Vorteil nicht gezogen hat, bei der Prästation desselben die Kosten, welche die Reise verursacht haben würde, abziehen etc.

Unserer Theorie[1] zufolge hat unter anderen bei der actio redhibitoria bei der Redhibition der Verkäufer einen Anspruch auch auf das lucrum propter negotiationem percipiendum.

In der That jedoch erleidet dieser Grundsatz aus praktischen Erwägungen eine Ausnahme für Sklaven und Tiere, da hier sich der Gebrauch mit den laufenden Ausgaben, den Fütterungskosten, kompensiert.[2]

l. 30 § 1 D. de aedil. ed. 21,1. [Paulus libro I. ad Edictum Aedilium curulium.] quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit; praecedentes impensas nominatim comprehendendas, Pedius; sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait; nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.[3]

1. Vgl. S. 100, in Verbindung mit S. 86 fg.

2. S. auch Windscheid, P. Bd. II § 101 Anm. 6, Hanausek, die Haftung des Verk. f. d. Beschaffenheit d. Ware, I, 1883, S. 137 Anm. 15, R. O. H. G. Bd. 3 S. 100.

3. Unter den klassischen Juristen war dies demgemässs streitig. Pedius gab dem redhibierenden Käufer stets einen Anspruch auf die Impensen, gab also dem Verkäufer wohl auch unter allen Umständen einen Anspruch auf das lucrum propter negotiationem percipiendum, Aristo dagegen liess in den behandelten Fällen eine Kompensation mit den Futterkosten eintreten. Paulus selbst war wahrscheinlich der Ansicht des Pedius, die Kompilatoren jedoch der Meinung des Aristo. Denn höchstwahrscheinlich fehlt an dem Fragment der Schlusssatz, in dem Paulus erklärt, welcher Lehre er sich anschliesse, den die Kompilatoren eben deshalb weggelassen haben, weil sie anderer Meinung waren als Paulus.

Der Verkäufer kann also vom redhibierenden Käufer nicht das fingierte Einkommen, das dieser durch den Gebrauch erlangt hat, nämlich dasjenige lucrum, welches derselbe durch Vermieten hätte erzielen können, verlangen. Der Grund lag, wie bemerkt, lediglich in praktischen Rücksichten. Man wollte die schwierigen Berechnungen eines solchen lucrum hier vermeiden, weil doch nicht viel dabei herauskommen würde, da die Differenz zwischen dem, was durch Vermietung wirklich hätte erzielt werden können, und den cibaria hier bei der geringen Zeitdauer, die überhaupt blos in Frage steht, gewöhnlich[1] keine grosse Bedeutung haben wird.[2]

Diese Ausnahme beschränkt sich lediglich auf die actio redhibitoria und zwar auch nur auf die Fälle von Sklaven- oder Viehkäufen. Eine analoge Ausdehnung ist nicht gerechtfertigt, weder auf alle Obligationen, bei denen ein Zustand herbeigeführt werden soll, wie er sein würde, wenn die Sache aus dem Vermögen des Veräusserers garnicht herausgekommen wäre,[3] noch auch blos auf den Kauf. Denn die Juristen sind zu jener Ausnahme lediglich gelangt in Anlehnung an die Bestimmungen des Aedilenediktes[4] (vielleicht auf Grund eines im Marktverkehr sich

1. Handelt es sich jedoch z. B. um einen Sklaven, der wegen besonderer Kunstfertigkeit, wegen seines vortrefflichen Gesanges u. dergl. ein hohes Mietsgeld einbringen würde, so kann der Satz auch zu grossen Unbilligkeiten führen.

2. Hat jedoch der Käufer den Sklaven oder das Tier wirklich vermietet, so tritt jene Kompensation mit den Futterkosten nicht ein, da es sich dann garnicht um die Berechnung von Vorteilen handelt, welche hätten gezogen werden können, sondern um die Frage der Leistung von wirklich gezogenen, die ja leicht festzustellen sind.

3. Vgl. S. 100.

4. l. 30 D. de aed. ed. 21,1 stammt aus Paulus lib. I ad Edictum Aedilium curulium.

bildenden Gewohnheitsrechtes). Dieses aber betraf nur die actio redhibitoria und nur Sklaven und Viehkäufe. Das auf dem Aedilenedikt beruhende Recht war also zunächst ius singulare. Zu einer analogen Ausdehnung sind wir daher, wo die römischen Juristen eine solche nicht vorgenommen haben, nicht befugt.

§ 8. b) Der Massstab.

Wir haben nunmehr nach dem Massstabe zu suchen, welcher bei der Schätzung des lucrum percipiendum anzulegen ist, d. h. zu fragen, welcher Grad der Diligenz als Norm anzunehmen ist. In Betracht kommt hier nur die diligentia quam suis rebus adhibere solet und die diligentia diligentis.[1]

Es leuchtet ein, dass die Frage danach zu entscheiden ist, bis zu welchem Grade der Schuldner gegenüber der Sache selbst für Sorgfalt haftet. Denn wenn das obligatorische Verhältnis ein derartiges ist, dass der Schuldner Diligenz aufzuwenden hat nicht nur hinsichtlich der Erhaltung der Sache, sondern auch hinsichtlich der Erlangung von Vorteilen aus derselben, so versteht sich von selbst, dass diese Diligenz nicht für beide Fälle nach einem verschiedenen Massstabe normiert sein kann.

Ein Beispiel liefern uns die Quellen bezüglich des Mandates. Bekanntermassen haftet der Mandatar für culpa levis; d. h. er hat die diligentia diligentis aufzuwenden. Nach l. 10 § 3 D. mandati 17,1[2] hat nun der Mandatar, der Geld des Mandanten nicht ausgeliehen hat, sondern

1. Anders ist es bei dringlichen Klagen, gegenüber dem malae fidei possessor. In dieser äusserst bestrittenen Materie kommt noch die diligentia des Klägers in Betracht.

2. si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur.

es ad usus suos convertit, gesetzliche Zinsen zu leisten. Diese aber sind weiter nichts als Vorteile, welche der Schuldner (propter negotiationes) hätte ziehen können. Und zwar ist als Massstab, der bei ihrer Abmessung anzulegen nicht die Diligenz des Verpflichteten, sondern diejenige eines diligens paterfamilias festgesetzt. Damit nicht unnötigerweise bei jeder einzelnen Klage vom Richter festgestellt zu werden braucht, was in dem betreffenden Falle ein diligens paterfamilias[1] an Zinsen hätte ziehen können, da dies doch nichts Anderes als die ortsüblichen Zinsen sind, die sich durch ein einfaches Rechenexempel für jede Summe feststellen lassen, so ist ein für allemal vom Gesetz etc. statuiert worden, das letztere als „gesetzliche Zinsen" anzunehmen seien.[2]

1. Sc. aus einer solchen Summe. Vgl. S. 91 fg.

2. Eine Konsequenz unserer Lehre vom Wesen der gesetzlichen Zinsen ist die, dass der Schuldner unter Umständen, (d. h. überall dort, wo die gesetzlichen Zinsen diejenigen Zinsen bedeuten, welche der Schuldner hätte ziehen können), sich von der Prästation der gesetzlichen Zinsen durch den Nachweis befreien kann, es sei für ihn nach den besonderen Umständen unmöglich gewesen, Zinsen zu ziehen. Zwar kann streng genommen den Schuldner den Beweis, „dass er aus dem geschuldeten Gelde Zinsen nicht habe ziehen können," niemals führen, da überall, wo eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung von gesetzlichen Zinsen besteht, (z. B. bei der in usum conversio durch den Mandatar, bei der Verzinsung des Kaufpreises durch den Käufer nach der Tradition etc.) entweder das Geld des Gläubigers in das Eigentum des Schuldners übergegangen ist oder, (so bei der Verzinsung des Kaufpreises,) noch garnicht aus dem Eigentum des Schuldners herausgegangen ist, (keinen Widerspruch bildet l. 2 C. de usur. 4, 32, denn auch hier ist das Geld noch Eigentum des Schuldners, in das Eigentum des Gläubigers geht es erst mit der Zahlung über), also als „geschuldete Sache", d. h. als dem Gläubiger individuell obligierte Sache) gar nicht vorhanden ist. (Vgl. S. 91 fg., insbesondere S. 94.) Wohl aber kann der Schuldner nachweisen, dass es ihm

Einige Schwierigkeit könnten nur l. 38 D. de neg. gest 3,5, sowie das Rescript des Kaisers Antoninus vom Jahre 215 machen, (l. 3 C. arbitr. Ant. 5,51). Nach

---

aus irgend welchen Gründen überhaupt unmöglich war, aus einer solchen Summe Zinsen zu ziehen, dass er also „aus dem Gelde des Gläubigers" keine Zinsen hätte ziehen können, wenn es (als individuell obligierte Sache) vorhanden gewesen wäre. M. a. W., wenn das Gesetz durch Festsetzung der Leistung von „gesetzlichen Zinsen" die Vermutung aufstellt, dass der Schuldner mit der Diligenz eines bonus paterfamilias so und so viel an Zinsen habe ziehen können, so ist die Vermutung doch keine unwiderlegliche.

In den Fällen, wo dem Schuldner ein solcher Nachweis gelingt, denselben von der Zinspflicht zu befreien, ist völlig gerechtfertigt. Z. B. ist bei der actio redhibitoria der Verkäufer verpflichtet, den Kaufpreis mit Zinsen zu restituieren, der Käufer, die Kaufsache mit dem lucrum perceptum und percipiendum. Der Käufer nun wird von der Leistung des lucrum percipiendum befreit, wenn er nachweist, dass es ihm unmöglich war, das lucrum aus der Sache zu ziehen. Dementsprechend wäre es aber eine Unbilligkeit gegen den Verkäufer, wenn man ihn verpflichten wollte, mit dem zu restituierenden Kaufpreise Zinsen zu prästieren, selbst wenn er nachweist, dass er garnicht in der Lage war, aus einer solchen Summe Zinsen zu ziehen.

Befreien wir den Schuldner von der Zinsprästation, wenn er aus einer solchen Summe gar keine Zinsen ziehen konnte, so müssen wir ihn auch, wenn es ihm unmöglich war, Zinsen in der Höhe der als „gesetzliche Zinsen" normierten zu ziehen, diese hohe Zinsleistung erlassen und ihm nur die niederen Zinsen, welche zu ziehen ihm möglich war, auferlegen. Jedoch wird ein dahin zielender Beweis kaum geführt werden können.

Aus unserer Lehre folgt auch, dass beim depositum irregulare keine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung von gesetzlichen Zinsen besteht. Denn, (wenn das depositum irregulare überhaupt ein depositum ist, was bestritten wird,) so haftet der Schuldner gemäss den Grundsätzen des depositum nur für culpa lata; gesetzliche Zinsen sind aber solche, welche der Schuldner mit der diligentia diligentis hätte ziehen können. — Näheres, insbe-

letzterer Stelle hat, wenn der Vormund Geld des Mündels in usus suos verwandt hat, dieser das Recht, von ihm „usuras legitimas" zu verlangen:

---

sondere die Litteratur über diesen Streitpunkt s. bei Windscheid, P. Bd. II § 379 Note 2, 3.

Auch für die mora gilt übrigens die im Text entwickelte Theorie, nur dass hier die usurae percipiendae nach dem Kläger bemessen werden (solche Zinsen, welche der Kläger hätte ziehen können), da die mora zum Ersatz des Interesse verpflichtet. Jedoch ist auch hier der Normalfall angenommen, dass der Kläger die Diligenz eines gewöhnlichen diligens paterfamilias besitzt. Der Kläger kann aber immer noch beweisen, dass er in der That aus dem Gelde mehr Zinsen gezogen haben würde, als ein gewöhnlicher diligens p. f., und dann muss der Schuldner diesen höheren Betrag leisten. Auch dem Schuldner muss man andererseits den Nachweis gestatten, dass der Gläubiger weniger Zinsen als ein normaler bonus p. f. oder überhaupt gar keine gezogen hätte, denn die vom Gesetz aufgestellte Vermutung, dass der Kläger Zinsen gerade in der als „gesetzliche Zinsen" normierten Höhe gezogen habe, ist auch hier keine unwiderlegliche; das Grundprincip wird durch sie nicht alteriert, nämlich dass bei der mora debitoris der Gläubiger Ersatz seines Interesse verlangen könne. (Vgl. auch Windscheid, P. Bd. II § 280 N. 8.)

Wenige Worte seien noch über den Ersatzanspruch des Vormundes gesagt: Der Vormund kann Ersatz seiner Impensen mit Zinsen verlangen. (l. 3 § 1 D. de contrar. tutelae act. 27, 4: consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris.) Die Höhe der Zinsen ist je nach der Sachlage verschieden zu normieren. l. 3 § 1 i. f. cit. In letzterer Stelle ist nun deutlich das Bestreben zu erkennen, den Vormund so zu stellen, dass er keinen Nachteil aus der Vormundschaft hat. Ein anderer Ausspruch ferner, l. 3 § 4 eod., sagt, dass post finitam tutelam der Vormund ebenfalls, auch ohne mora des Schuldners, einen Anspruch auf Zinsen haben solle: nec enim debet ei sterilis esse pecunia. Ich glaube, diesen beiden Stellen den Satz entnehmen zu dürfen, dass der Vormund diejenigen Zinsen fordern kann, die er aus dem Gelde gezogen haben würde.

si curator post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi

---

Dies ist auch völlig billig, ganz besonders, seitdem die Vormundschaft wesentlich aus einem honor zu einem munus, fast zu einem onus geworden ist. Man wird nicht einwenden können, dass dadurch der Mündel in die allergefährlichste Lage kommen kann, wenn er z. B. zum Vormund einen Börsen- oder Grundstücksspekulanten erhält, der mit seinem Gelde den allergrössten Gewinn zu machen gewohnt ist und darum ausserordentliche Zinsen vom Mündel beanspruchen wird. Die Gefahr ist nicht so gross, als sie scheint. Denn in praxi wird der Vormund doch immer nachweisen müssen, dass er so grossen Gewinn mit dem Gelde gemacht haben würde, und ein solcher Nachweis ist hier schlechthin unmöglich. Nehmen wir den Fall an, es gelinge dem Vormund thatsächlich nachzuweisen (z. B. durch Eid), dass er mit dem Gelde wirklich eine bestimmte Anzahl gewisser Börsenpapiere zu einem bestimmten Preise gekauft haben würde, so wird er doch nun und nimmermehr nachweisen können, wann (d. h. zu welchem Kurse) und in welcher Anzahl er sie verkauft haben würde; er weiss es ja selbst nicht. Er weiss ja nicht, ob er zu der Zeit, wo die Papiere am höchsten standen, sie nicht noch würde haben behalten wollen, weil er auf einen noch höheren Kurs hoffte, er weiss auch nicht, ob er damals Käufer gefunden hätte u. s. w.

In Wirklichkeit wird es daher bei der Vormundschaft, wie in allen Fällen, wo diejenigen Zinsen zu leisten sind, welche der Gläubiger gezogen hätte, immer auf die Prästation der ortsüblichen Zinsen herauskommen. Möglich wäre nur, z. B. bei der mora, der Beweis, von Seiten des Schuldners, dass der Gläubiger gar keine Zinsen gezogen hätte, z. B. wenn er plötzlich erkrankte und alle seine Geschäft liegen liess, diese auch nicht von einem anderen besorgt wurden.

Im Princip wäre auch dort, wo die gesetzlichen Zinsen diejenigen sind, welche der Schuldner mit der diligentia diligentis hätte ziehen können, der Nachweis statthaft, dass die vom Gesetze festgesetzte Höhe der gesetzlichen Zinsen gar nicht mehr den ortsüblichen Zinsen entspricht, d. h. denjenigen, welche ein diligens paterfamilias an dem Ort, in dem Lande ziehen kann.

praedium comparavit, elige, utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere.

Mit unserer Theorie vom Wesen der gesetzlichen Zinsen weichen wir durchaus nicht so erheblich von der herrschenden Meinung ab, wie es vielleicht scheinen mag, vielmehr stehen wir damit vollkommen auf dem Boden der Lehre Savignys (System Bd. VI S. 133 fg.), dessen Lehre sich allerdings nur auf gewisse Arten der gesetzlichen Zinsen bezieht, auf diejenigen Fälle, wo „der Gebrauch irgend einer Sache eine Zeit hindurch ... einem anderen mit Unrecht entzogen wird“: „Diese Rechtsregel (nämlich die Rechtsregel als Entstehungsgrund einer Zinsenforderung) beruht auf folgender, in der Erfahrung begründeter Betrachtung. Bei entwickeltem Verkehr ist die zinsbare Benutzung des baren Geldes in solchem Grade üblich und verbreitet, dass man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede grosse oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden ...

„Die hier aufgestellte Ansicht führt zu folgender Behandlung der Rechtsverhältnisse. Wenn der Gebrauch irgend einer Sache eine Zeit hindurch bei demjenigen sich findet, dem er nicht gebührt, also einem anderen mit Unrecht entzogen wird, und zugleich ein Rechtsgrund vorhanden ist, für dieses Unrecht Vergütung zu fordern, so kommt es in jedem einzelnen Falle darauf an, zu beweisen, wie hoch sich das Interesse des erlittenen Unrechts belaufe, worüber aber eine durchgreifende Regel durchaus nicht aufgestellt werden kann.

„Hierin tritt nun für denjenigen, der eine solche Vergütung fordert, eine grosse Erleichterung ein, wenn der Gegenstand des mit Unrecht entbehrten Gebrauchs in barem Gelde besteht. Ein besonderer Beweis für den Betrag des erlittenen Schadens wird dadurch entbehrlich, dass der Kläger die landesüblichen Zinsen des entbehrten Geldes fordern kann. Allerdings kann in einzelnen Fällen auch wohl eine höhere Entschädigung gefordert werden, dazu aber bedarf es jedesmal einer speziellen gesetzlichen Vorschrift, oder auch eines besonderen Beweises. Für die landesüblichen Zinsen

Was unter „usurae legitimae" zu verstehen ist, sagt uns l. 38 D. cit., nämlich der Ausdruck bezeichnet nicht so viel wie „gesetzlich fixierte Zinsen", sondern „als Zinsmaximum gesetzlich erlaubte Zinsen."[1]

ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut Magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat.

Dies scheint der allgemeinen Haftung des Vormundes und negotiorum gestor zu widersprechen, welche für den ersteren nur auf culpa in concreto, für den letzteren nur auf culpa levis geht. Der Widerspruch löst sich jedoch, wenn wir in l. 38 D. cit. weiter hören, dass jene (ausnahms-

---

dagegen bedarf es eines besonderen Beweises nicht, indem derselbe durch den oben aufgestellten, durchgreifenden Erfahrungssatz entbehrlich gemacht wird."

Vgl. auch Arndts, P. § 208: „Für die gesetzlichen Zinsen ist die Höhe der zu leistenden Zinsen zum Teil gesetzlich bestimmt; wo dies nicht der Fall ist, richtet sie sich nach dem Masse der Zinsen, welche der Gläubiger nach Landesgewohnheit und zugleich durch gesetzesgemässes Ausleihen hätte gewinnen können." Die letzte Bemerkung, dass es darauf ankomme, welche Zinsen der Gläubiger hätte gewinnen können, ist, wie wir gesehen haben, nur in Ausnahmefällen richtig.

Dass übrigens die gesetzlichen Zinsen keine blosse Vergütung für den Gebrauch bilden, geht auch schon aus l. 2 C. de usuris 4, 32 hervor, welche uns deutlich sagt, dass der Schuldner auch dann von der Leistung derselben nicht befreit sein solle, wenn er das Geld gar nicht in Gebrauch genommen hat (wenn er es nur hätte thun können).

usuras . . . quamvis pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit, . . . praestare cogitur.

Die Erklärung des Wortes „usurae" als „Gebrauchslohn" (Pernice, Labeo II 1. Aufl. S. 263) bleibt völlig zu Recht bestehen, wofern wir nur darunter auch den Gebrauch begreifen, den der Schuldner hätte machen können.

1. Vgl. Windscheid, P. II § 259 n. 7 a. E.

weise) schärfere Haftung zur Strafe für den Missbrauch der Freiheit gegenüber dem Mündel und Geschäftsherrn bezw. der Gemeinde statuiert worden ist.

nam illi . . ., quum gratuitam, certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiiciuntur.

Wir haben in einem früheren Paragraphen[1] zum Beweise der Lehre, dass die culpa kein wesentliches Kriterium der Haftung für das lucrum percipiendum sei, u. a. ausgeführt, dass der Schuldner geschuldetes Geld auch in eigenen Gebrauch hat nehmen können. Dem widerspricht dies nicht. Denn l. 38 cit. spricht ja nicht allgemein, sondern nur von der tutela, der negotiorum gestio und der Verwaltung öffentlicher Kassengelder; und hier soll zufolge dieser positiven Ausnahmevorschrift möglichst verhindert werden, dass der Schuldner das Geld des Gläubigers ad usus suos verwendet. Der Grund liegt lediglich darin, dass gerade bei diesen drei Obligationen, wegen der verminderten Kontrolle, bei der tutela durch die Handlungsunfähigkeit, bei der negotiorum gestio durch die Abwesenheit des Gläubigers, bei der Kassenverwaltung aus ähnlichen Umständen, eine Befugnis des Schuldners hierzu leicht zu Missbräuchen und zu Schädigungen des Gläubigers führen kann.

1. § 6, S. 102 fg.

Anhang.

§ 9. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1) Bei den bisherigen Erörterungen, bei den Erörterungen über das römische Recht hatten wir als erste Art des lucrum perceptum, auf welche der Gläubiger Anspruch haben könnte, diejenigen Vorteile behandelt, welche der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft aus der Sache gezogen hat, welches auf der anderen Seite gleichzeitig die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte. Wir hatten gesehen, dass derjenige diese Vorteile erlangt, welcher hinsichtlich des Rechtsgeschäftes, durch das sie gezogen worden sind, die Gefahr trug.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun die Pflicht des Schuldners zur Herausgabe dieses Gewinnes bedeutend erweitert, indem es, in § 281, dem Gläubiger ganz allgemein, also auch, wenn er nicht die Gefahr trägt, die Wahl zuspricht, ob er ihn verlangen will oder nicht. Verlangt er ihn jedoch nicht, so erlischt der Vertrag, im Falle keiner der beiden Kontrahenten das Rechtsgeschäft zu vertreten hatte (z. B. wenn der Miteigentümer die Teilungsklage anstrengt und dem Schuldner dabei nur eine Geldsumme zugesprochen wird), § 323 Abs. 1 Satz 1. Hat jedoch der Schuldner das Rechtsgeschäft zu vertreten, so kann der Gläubiger entweder, wie vorher, den Vertrag als erloschen ansehen oder er kann Schadenssersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. (§ 325.) Auch kann

der Gläubiger von beiden Rechten ergänzungsweise Gebrauch machen, indem er das lucrum nimmt und gleichzeitig auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt, hierbei aber das lucrum in Anrechnung bringt, (§ 281 Abs. 2).

Verlangt der Gläubiger das in Frage stehende lucrum, so muss er natürlich auch seine Gegenleistung prästieren. Wenn jedoch das, was er als Ersatz erhält, hinter dem Wert der ihm ursprünglich geschuldeten Leistung zurücksteht, so kann er seine Gegenleistung entsprechend mindern, (§ 323 Abs. 2).

War die Leistung nur teilweise unmöglich gemacht, so steht ihm das Recht der Ablehnung des noch möglichen Teiles derselben und die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit dann, aber auch nur dann zu, wenn die Restleistung für ihn kein Interesse hat, (§ 280 Abs. 2 Satz 1, § 525 Satz 2). Im anderen Falle kann der Gläubiger nur entsprechende Minderung seiner Gegenleistung verlangen (§ 323 Abs. 1 Satz 2).

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann übrigens der Gläubiger nach dem Unmöglichwerden der Leistung auch die Herausgabe desjenigen fordern, was der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das nicht die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, wofern es nur einen Ersatz für die Sache darstellt, (§ 281 Abs. 1). Also würde er im Princip nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, anders als nach römischem Recht,[1] auch die Versicherungssumme beanspruchen können, wenn eine solche dem Schuldner für die (untergegangene) Sache gezahlt sein sollte.

Ob in Wirklichkeit der Versicherer verpflichtet ist, dem Schuldner die Versicherungssumme zu leisten, ist eine Frage für sich. Nach den einzelnen

1. Vgl. S. 36.

neueren Gesetzgebungen[1] ist sie verschieden zu beantworten. Nach einigen Gesetzgebungen dient die Versicherung nur dazu, den Versicherten persönlich vor Schaden zu bewahren. Dann könnte also der Schuldner die Versicherungssumme für die Sache nur in dem Falle verlangen, wo er die Gefahr trägt. Trägt sie dagegen der Gläubiger, so ist dem Versicherten nach diesen Rechten der Anspruch auf die Versicherungssumme zu versagen, da er garnicht Schaden durch den casus erleidet. — Andere dagegen, so das preussische Recht,[2] sehen die Versicherung mehr als eine dingliche, als eine Versicherung des jeweiligen Eigentümers vor Schaden an. In diesem Falle wäre die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches von unbedingter Bedeutung, dass der Schuldner den für die Sache empfangenen Ersatz herauszugeben hat. Denn wenn der Versicherer verpflichtet ist, die Versicherung auch für den Rechtsnachfolger des Versicherten gelten zu lassen, so muss er auch, wenn die Sache nach Abschluss der Obligation, aber vor Uebergabe an den Gläubiger untergeht, selbst wenn der letztere die Gefahr trägt, an den Versicherten die Summe zahlen, und er kann diesem nicht entgegenhalten, dass ja garnicht er, sondern der Gläubiger den Schaden aus dem Ereignis habe. — Ebenso steht es bei denjenigen Rechten, nach denen die Versicherung nur für den Versicherten persönlich gilt, wenn der Versicherer eingewilligt hat, dass die Versicherung auch für den Successor desselben gelten solle.

---

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt in der Hauptsache in betreff des Versicherungsrechtes die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften in Geltung (E. G. Art. 75). Eine reichsgesetzliche Regelung ist jedoch in Aussicht genommen.

2. A. L. R. T. II Tit. 8 § 2163, allerdings nur für Feuerversicherungen: „Eine Veränderung in der Person des Eigentümers ändert nichts in der Versicherung u. s. w."

2) Beim accessorischen commodum[1] ist eine wichtige Aenderung des Bürgerlichen Gesetzbuches von einschneidender Bedeutung, nämlich seine Lehre vom Uebergang der Gefahr beim Kauf.[1]

Nach römischem Recht ging beim Kauf die Gefahr mit der Perfektion des Vertrages auf den Käufer über (periculum est emptoris). Mit diesem längst veralteten Satze, der im Grunde nur als ein historisches Ueberbleibsel bestand, dessen Beseitigung man vergessen hatte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch nach dem Vorbild des preussischen Rechts gebrochen. (§ 446 Abs. 1.) Danach soll die Gefahr erst mit der Tradition auf den Käufer übergehen (oder mit Handlungen, die der Tradition gleich gesetzt sind, so bei Grundstücken mit der Eintragung ins Grundbuch, § 446 Abs. 2, beim Distancekauf mit der Uebergabe an den Spediteur, Frachtführer u. s. w., § 447 Abs. 1).

Der Grund nun, aus dem das römische Recht dem Käufer einen Anspruch auf die vor der Tradition vom Verkäufer aus der Sache gezogenen Vorteile gewährte, war derselbe, aus dem der Käufer die Gefahr trug: die Sache wurde so angesehen, als wäre sie mit dem Abschluss des Kaufkontraktes wirklich in das Vermögen des Käufers übergegangen. Diese Fiktion aber hat das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt, und darum hat nach ihm der Käufer keinen Anspruch auf das lucrum, wie auch ausdrücklich in § 446 Abs. 1 Satz 2 gesagt wird, dass dem Käufer die „Nutzungen" erst von der Uebergabe an gebühren, gleicherweise er auch erst von da an die Lasten der Sache trägt.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch von „Nutzungen" spricht, so sind darunter (abgesehen von den Vorteilen, die

1. Selbstverständlich wird, wie nach römischem Recht, nicht zu dem aus der Sache gezogenen commodum das commodum occasione rei perceptum gerechnet, obwohl dies nirgends ausdrücklich hervorgehoben ist.

2. Was hier (beim B. G. B.) vom Kauf gesagt wird, gilt natürlich auch vom Tausch.

der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt, womit wir hier nichts zu thun haben die Früchte einer Sache verstanden (§ 100), wozu das B. G. B. auch den durch Rechtsgeschäfte aus der Sache gezogenen Gewinn rechnet (§ 99 Abs. 3).[1]

Anders, als wir es bisher vom Kauf überhaupt gesehen haben, wird der Erbschaftskauf behandelt (dem natürlich der Verkauf eines ganzen Vermögens gleich zu behandeln ist). Hier geht nach § 2 380 Satz 1 die Gefahr schon mit dem Abschluss des Vertrages auf den Käufer über. Jedoch haben wir es hier nicht so sehr mit einer Ausnahme von der Regel zu thun als vielmehr mit einer Interpretation des mutmasslichen Willens der Parteien, der zweifellos in fast allen Fällen auf eine derartige Bestimmung gerichtet sein wird; der innere Grund aber (des Gesetzes, mithin des präsumtiven Willens der Parteien) wird wiederum der sein, dass sie die Sache (die Erbschaft, das Vermögen) so ansehen wollen, als gehe sie wirklich mit Abschluss des Vertrages in das Vermögen des Käufers über. Mithin müssen wir hier auch dem Käufer einen Anspruch auf das lucrum perceptum geben. Dies hat auch in der That das Bürgerliche Gesetzbuch gethan, indem es ausspricht, dass dem Käufer vom Abschluss des Vertrages an die Nutzungen gebühren (§ 2 380 Satz 2; vergl. auch § 2379 Satz 1).

Bei den übrigen Fällen, wo nach römischem Recht der Gläubiger einen Anspruch anf die vom Schuldner gezogenen Vorteile hatte, beruhte überall (abgesehen von denjenigen, wo der letztere innerhalb einer Geschäftsführung für den Gläubiger die Vorteile gewann), die Ver-

1. „Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache . . . vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.“ Also stellt das B. G. B. den Satz auf, den wir auch für das römische Recht zu entwickeln versucht haben, dessen Gegenteil jedoch bis jetzt angenommen wurde. Vgl. oben S. 86 fg.

pflichtung des Schuldners darauf, dass der Gläubiger entweder überhaupt Eigentümer der Sache war oder als solcher behandelt wurde, (so bei der actio redhibitoria etc.). Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt nur den Fall der Wandelung und des Rücktritts näher, indem es hier den Schuldner zur Herausgabe der „Nutzungen" verpflichtet. (§ 467 Satz 1, in Verbind. mit § 347 Satz 1 und 2, sowie mit 987 Abs. 1).

Was für die Wandelung ausgesprochen wird, muss überall dort gelten, wo der Gläubiger von Anfang der Obligation an Eigentümer der Sache gewesen ist oder wo jedenfalls ein Erfolg eintreten soll, als wäre er es gewesen.

Bei denjenigen Obligationen, welche auf eine Geschäftsführung für den Gläubiger hinauslaufen, ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Schuldner verpflichtet, alles das herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erhält. Dies ist ausdrücklich bezeugt für den Auftrag, (§ 667), ist aber auf alle genannten Schuldverhältnisse auszudehnen.

Hinsichtlich des Gegenstandes sind noch einige Worte zu sagen. Nämlich das römische Recht liess dort, wo das zu prästierende commodum „Früchte" waren, Gegenstand der Leistung den Reinertrag sein, d. h. das in Geld geschätzte Einkommen, nach Abzug aller Impensen.[1] Diesen, von Petražycki[2] zuerst gefundenen Satz hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch nicht zu eigen gemacht. Es hat also der Schuldner die conkreten Früchte bezw. ihren Wert herauszugeben und kann dagegen seinerseits Ersatz der auf die Fruchtgewinnung verwandten Kosten verlangen bezw. sie compensando geltend machen, was im praktischen Erfolg allerdings in den meisten Fällen auf dasselbe hinauskommt. (§ 102, in Verb. mit § 99; vergl. auch § 998.)

1. Vgl. oben § 1.

2. Lehre vom Eink. Bd. I § 14. S. auch Dernburg, P. Bd. I § 78.

Eine Neuerung gegenüber dem römischen Recht hat das Bürgerliche Gesetzbuch insofern eingeführt, als der Gläubiger zum Ersatz der Kosten nur insoweit verpflichtet ist, als sie den Wert der Früchte nicht übersteigen (§ 102), während nach dem römischen Recht der Schuldner Ersatz der g a n z e n Impensen, wenn sie nicht durch die culpa des Schuldners diese Höhe erreicht hatten, verlangen konnte, was ja auch dem Princip der Prästation des Reinertrages entspricht.[1] Die Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist völlig gerechtfertigt, da hierdurch die Misslichkeiten vermieden werden, welche sonst entstehen würden und in der That im römischen Recht sich ergeben. Zwar hat auch nach römischem Recht der Gläubiger es in seiner Hand, ob er auf die Früchte überhaupt klagen will oder nicht, und wenn der Reinertrag ein minus ist, so wird er es nicht thun; aber in sehr vielen Fällen wird sich dieses Resultat erst im Prozesse ergeben, woraus dann grosse Unbilligkeiten entstehen. Der Gläubiger kann allerdings dann noch seine Klage auf die Früchte zurückziehen, aber in diesem Falle hat er doch immer die Kosten zu tragen. Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches dagegen wäre das Resultat dieses, dass er im Prozesse siegt, wogegen der Schuldner Ersatz der Impensen bis zur Höhe des Wertes der Früchte verlangen kann, sodass also, wenn die Kosten grösser sind, der Gläubiger nichts bekommt, aber auch seinerseits nichts zu zahlen braucht. Der Unterschied ist der, dass hier der (beklagte) Schuldner die Kosten des Prozesses trägt.

Einige Fragen ergeben sich nun hinsichtlich der Impensen bei der Fruchtgewinnung.[2] Das Bürgerliche Gesetzbuch äussert sich nicht näher darüber, welche Ver-

1. Damit soll gesagt werden, dass der Reinertrag unter Umständen auch ein negativer sein kann.

2. Vergl. S. 12 fg.

wendungen als Verwendungen auf die Früchte gelten sollen, sondern sagt nur, dass der Schuldner „Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten" beanspruchen könne. (§ 102.)

Zunächst ist der Ausdruck „Gewinnung" nicht zu eng, sondern in einem weiteren Sinne zu verstehen. Es gehört dahin nicht blos die Produktion der Früchte allein, sondern auch die Erhaltung der produzierten (zum Verkauf oder zur Herausgabe an den Gläubiger), sodass „Gewinnung" hier die gesamte Thätigkeit bedeutet, vermöge deren die Früchte erzeugt und ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entgegengeführt werden.

Sodann sind unter „Kosten" sowohl die unmittelbaren als auch die mittelbaren Verwendungen in fructus verstanden, d. h. es sind dahin auch diejenigen Verwendungen zu rechnen, welche zwar unmittelbar zur Erhaltung der Sache gemacht sind, mittelbar aber auch zur Erzeugung der Früchte dienen, z. B. die Futterkosten für die Zugtiere, für die Milchkühe etc.

3) Was nun das lucrum percipiendum anlangt, so ist zunächst selbstverständlich, dass, abweichend vom römischen Recht, beim Kauf der Schuldner keine Verpflichtung hat, etwas Derartiges zu prästieren, da er ja selbst das lucrum perceptum behalten kann.

Dagegen bei der Wandelung, beim Rücktritt, sowie bei den analog zu behandelnden Obligationen, folglich auch beim Erbschaftskauf hat der Gläubiger darauf Anspruch. (§ 347, Satz 1 und 2, in Verb. mit § 987, Abs. 2.) Der Gläubiger kann sogar verlangen, dass der Schuldner durch Rechtsgeschäfte aus der Sache Gewinn zieht.

Der letztgenannte Paragraph giebt uns noch Aufschluss über den anzulegenden Massstab. Nämlich der Schuldner hat diejenigen Nutzungen zu ersetzen, die er „nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft"

hätte ziehen können. Der Massstab entspricht also dem römischen des bonus paterfamilias.

Hinsichtlich der Frage der Verschuldung jedoch müssen wir den § 987 noch einer näheren Besprechung unterziehen:

„Der Schuldner (d. h. der wandelnde Käufer etc.) hat dem (Gläubiger) die Nutzungen herauszugeben. . . . ."

„Zieht der (Schuldner) . . . Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er (dem Gläubiger) zum Ersatz verpflichtet soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt."

Also der Schuldner ist nur für culposes Handeln verantwortlich.[1] Soll er aber das fingierte Einkommen nicht ersetzen, d. h., soll er von jeglicher Prästation frei sein, wenn er zwar sorgfältig gehandelt, nur aber etwaige vermietbare etc. Sachen in eigenen Gebrauch genommen hat? Keineswegs. Allerdings hat das Gesetzbuch offenbar an diesen Fall nicht gedacht, der erst in neuester Zeit, von Petražycki[2], hervorgehoben ist. Dennoch aber können wir auf Umwegen zu einem vernunftmässigen Resultat kommen. Nämlich nach § 100 sind „Nutzungen" auch solche Vorteile, welche der Gebrauch einer Sache gewährt. Kann nun auch der Schuldner nicht, wie es § 987 Abs. 1 verlangt, diese Art Nutzungen „herausgeben", so dürfen wir diesen Ausdruck doch nicht pressen und können in einem erweiterten Sinne ihm die Herausgabe des Wertes dieser Art Nutzungen auferlegen.

Die Schuldverhältnisse, bei denen eine Geschäftsführung vorliegt, verlangen ebenfalls wie im römischen Recht, dass der Schuldner für den Gläubiger Vorteile aus der Sache zieht. Diese selbstverständliche Forderung

1. Vgl. § 102 B. G. B., wonach ein Verschulden auch darin liegen kann, dass die Höhe der Kosten der Fruchtgewinnung nicht einer ordnungsmässigen Wirtschaft entspricht.

2. A. a. O. Bd. II S. 77 fg. (1895).

welche schon im Wesen der Obligationen selbst liegt, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht noch besonders hervorgehoben. Nur in einer Konsequenz ist die Lehre dort ausdrücklich bezeugt, nämlich an der Stelle, wo der Schuldner der Geld des Gläubigers für sich verwendet, diesem gesetzliche Zinsen zu leisten hat, so der Beauftragte (nach § 668), der Vormund (§ 1834).[1]

Wir stehen nunmehr am Ende unserer Abhandlung; möge sie dort, wo neue Theorieen aufgestellt sind, nicht allzu sehr das Richtige verfehlen!

---

1. Im zweiten Teile der Abhdl., S. 116 fg., hatten wir nachzuweisen versucht, dass dies nichts als eine Prästation des lucrum percipiendum sei.

Inhalt.

Anhang.

Druck von E. Ebering, Berlin NW., Mittelstrasse 29.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft V.

Ueber die Haftung des Acceptanten aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Accept. Von Dr. Walter Lehmann.



Berlin 1900.

Die Haftung des Acceptanten

aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Accept.

Von

Dr. Walter Lehmann.



Berlin 1900.
Verlag von E. Ebering.

(Berliner Inaugural-Dissertation.)

Inhalt.

§ 1.

Die Stellvertretung beim Wechselaccept.

Wenn wir uns mit der Frage nach der Haftung des Acceptanten aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Accept beschäftigen wollen, so haben wir zunächst der Betrachtung einer Vorfrage näherzutreten, deren Beantwortung von entscheidender Bedeutung für das Ergebnis der gesamten Untersuchung ist. Sobald wir die rechtlichen Folgen des durch einen Stellvertreter vollzogenen Accepts bestimmen und in ihren Wirkungen untersuchen wollen, müssen wir uns naturgemäss darüber klar werden, ob der Fall, dessen Konsequenzen wir zum Gegenstand der Betrachtung machen wollen, überhaupt an und für sich möglich, d. h. ob überhaupt eine, auf Vollmacht beruhende Stellvertretung beim Wechselskripturakt zulässig ist. Denn der Gedanke liegt gar nicht so fern, es könnte doch zweifelhaft sein, ob bei einem so formalen Geschäfte, wie der Wechselskripturakt ist, eine Ausschaltung des unmittelbar Beteiligten und seine Ersetzung durch eine, willkürlich von ihm gewählte, Persönlichkeit statthaft sei. Man könnte sich erinnern, dass es im römischen wie im modernen Rechte eine Reihe von Formalakten, allerdings meist familienrechtlicher Natur, giebt, welche eine Stellvertretung ausschliessen; und bei der streng formalen Natur des Wechsels ist ein Bedenken in dieser Richtung niemals unmittelbar von der Hand zu weisen.[1]

1. Vgl. B. G. B. § 126 Abs. 1: „Ist durch Gesetz die schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aus-

Es wird also unsere nächste Aufgabe sein, die Frage zu beantworten: ist eine Stellvertretung beim Wechselaccept überhaupt zulässig, eine Frage, an welche sich naturgemäss die Betrachtung der hier überhaupt massgebenden Grundsätze anschliessen wird. Ich will im voraus betonen, dass die Frage zu bejahen, und die Beweisführung auf eine doppelte Weise zu versuchen sein wird, einmal an der Hand der allgemeinen Lehren, ferner aber auch mit Hilfe der Allg. dtsch. W. O. Eine direkte Antwort auf unsere Frage erteilt diese nämlich nicht, vielmehr ist sogar eine solche ausdrücklich übergangen worden.[1, 2]

---

steller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden."

1. Vgl. Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz vom 18. XI. 1847 p. 154 der Leipz. Ausg. Entsch. des R. O. H. G. Bd. V p. 260 ff.

2. Anders z. B. die englische W. O. von 1882 Art. 25, welche die Vollziehung der Unterschrift durch Bevollmächtigte ausdrücklich für erlaubt erklärt. Die älteste Bestimmung über diese Frage fand ich in der W. O. von Bologna vom 25. Nov. 1509 § 17: „L'accettatione delle dette lettere di Cambio . . . si debba fare solamente per mano di chi taverà il compimento della ragione, alla quale seranno siati tratti i denari, ò sia patrone, ò institore che habbi tal compimento. Altramente cotale accettatione sia di nessun valore, se binne fosse fatte per mano d' alcuno compagno, agente ò garzone della ragione. („Die Acceptation der besagten Wechselbriefe, welche von anderen Plätzen aut Bononien zur Zahlung angewiesen werden, soll einzig und allein durch die Hand desjenigen geschehen, der die Handlungsfirma hat, er sei der Herr selbst oder ein blosser Faktor, der die Vollmacht dazu hat, widrigenfalls soll eine Acceptation, obgleich sie durch die Hand eines Gesellschafters, Agenten oder Handlungsdieners geschehen ist, ohne alle Wirkung sein.")

Artikel 435 der spanischen Wechselordnung: „Wer Wechselbriefe als Aussteller, Acceptant oder Indossent im Namen eines Andern unterschreibt, muss dazu durch spezielle Vollmacht von dem-

Mit Hülfe der civil- und handelsrechtlichen Grundsätze soll also der erste Beweis geführt werden. Da erhebt sich ein neuer Zweifel; darf denn in Wechselsachen überhaupt das Civilrecht herangezogen werden? Einige leugnen das und erklären die W. O. für die alleinige massgebende Quelle, aus der die Beantwortung aller wechselrechtlichen Streitfragen zu entnehmen sei.[1] Doch führt diese Auffassung zu ganz unmöglichen Resultaten. Wie wenn die W. O. schweigt, wie das gerade in unserer Frage der Fall ist.[2] Und das ist wiederum der Fall, weil sie überhaupt nicht über die Zulässigkeit der Stellvertretung spricht, also demnach auch nicht deren Voraussetzungen regeln kann. Sind wir hier nicht notwendigerweise auf das Civilrecht angewiesen? Aber ich glaube, wir können die Anhänger dieser Theorie mit ihren eignen Waffen schlagen. Der § 2 des Gesetzes, „betreffend die Einführung

jenigen, für den er handelt, autorisiert sein, und dieses vor der Zeichnung seines Namens setzen. Ein ferneres älteres Beispiel ist der Art. 29 d. Norma Cambialis für das Königreich Galizien, und ebenso der § 6 Art. IV d. Förnyad Wäxel Stadga von 1748. So sagt der eben erwähnte Art. 29: omnes acceptationes litterarum cambialium, quae ab uxoribus, famulis, aut reliquis a principali scriptam, et ad cambiale judicium depositam plenipotentiam non habentibus fiunt, respectu principalis invalidae sunt, et principalis ad nullam solutionem obligatur, quod si vero aliquis acceptationem uxoris aut famuli nullam plenipotentiam habentis ratam habere velit, is solutionem a nemine, si principalis eam praestare nollet, quam ab acceptante praestoletur. Vgl. ferner die W. O. von Solothurn: „die Unterschrift des Ausstellers eigenhändig oder durch Bevollmächtigte.“ Borchardt, Sammlung der geltenden Wechselgesetze, P. 495.

1. So vornehmlich Hartmann, Dtsch. Wechselrecht 1869 § 20.

2. Staub, Kommentar zur dtsch. W. O. 1896 p. bemerkt leider mit Recht: „Die W. O. bestimmt z. B. nichts über die Voraussetzungen der Wechselausstellung für Andere.“

der allg. dtsch. W. O., der . . . Nürnberger Wechselnovellen und des allg. dtsch. H. G. B. als Bundesgesetze" lautet:

„Die bei oder nach der Einführung der W. O. . . . in den einzelnen Bundesstaaten oder deren Landesteilen im Wege der Landesgesetzgebung erlassenen Vorschriften bleiben als landesgesetzliche Vorschriften soweit in Kraft, als sie nur eine Ergänzung und nicht eine Abänderung der W. O. enthalten."

Schon hieraus geht zur Evidenz hervor, dass wenigstens die Landeseinführungsgesetze eine ergänzende Qelle für die Anwendung der W. O. bilden, wodurch also bereits das vermeintliche Princip von der alleinigen Anwendbarkeit der W. O. für das Gebiet des Wechselrechts durchbrochen erscheint. Und wenn wir die einzelnen Artikel der W. O. betrachten, so sehen wir deutlich, dass wir ohne eine Zuhilfenahme der civilrechtlichen Grundsätze und Regeln sie nicht auslegen, geschweige denn in das Verständnis der W. O. eindringen können. So finden sich, um nur einen bekannten Fall zu erwähnen, in der wechselrechtlichen Litteratur eine ganze Reihe von civilrechtlichen Erörterungen, welche sich an den in Art. 82 gebrauchten Ausdruck „Einrede" anschliessen.

Ebenso müssten wir z. B. notwendigerweise auf das Civilrecht zurückgreifen, wenn wir etwa den Art. 1 W. O. interpretieren wollten:

„Wechselfähig ist jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann." Die letzten Worte weisen geradezu auf die, diese Frage regelnden, Normen des Civilrechts hin. Kurz es ist klar, dass wir ohne das Civilrecht nicht auskommen, und die W.-O. selbst uns dessen Zuhilfenahme vorschreibt.[1]

---

1. Das ist denn in der Litteratur für unseren Fall ganz besonders hervorgehoben, so bei Rehbein, Kommentar zur W. O. p. 23: „Inwieweit Zeichnung für einen Dritten, für den, dessen Unterschrift

Es kann nun nicht unsere Aufgabe sein, hier eine ausführliche geschichtliche und dogmatische Darstellung der Lehre von der Stellvertretung zu geben. Wir können uns damit begnügen, festzustellen, dass im modernen Recht, im Gegensatz zum altrömischen, die direkte Stellvertretung durchweg gestattet und üblich ist, derart, dass der Stellvertreter alieno nomine kontrahiert, und die Wirkungen des von ihm abgeschlossenen Geschäftes ipso iure in der Person des Vertretenen sich zeigen. Ein bekannter Dissens besteht bezüglich der juristischen Konstruktion der Stellvertretung, da die Einen, die Vertreter der sogenannten Repräsentationstheorie, die Frage nach der Person des Kontrahenten dahin beantworten, der Stellvertreter kontrahiere und übertrage die Wirkung des Geschäfts auf den Prinzipal,[1] während eine neuere, jetzt ziemlich allgemein anerkannte Theorie[2] dahin geht, das Geschäft entstehe durch das Zusammenwirken und Ineinanderarbeiten von Prinzipal und Vertreter, von jedem in seiner Sphäre. Wir haben

---

gezeichnet, verbindlich ist, bestimmt sich nach Handels- und Landesrecht"; ebenso Endemann in seinem Handbuche des deutschen Handels- und Seerechts 1884, Bd. 4 Teil 2 p. 339, und Grünhut, Wechselrecht, Bd. I p. 324: „Für die Stellvertretung beim Wechselskripturakt gelten die allgemeinen Grundsätze des Handels- und Civilrechts für die Begründung anderer Verbindlichkeiten durch Vertreter." Eine gewissermassen authentische Interpretation der W. O. in dieser Beziehung findet sich übrigens in den Motiven des Preuss. Entwurfs v. 1847 p. LXXVI zum damaligen § 85: „Ebenso sind keine Vorschriften über Unterzeichnung durch Bevollmächtigte, Disponenten u. s. w. erforderlich. Wer durch seine Unterschrift einen Anderen verpflichten könne und wie er zu diesem Ende zeichnen müsse, darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts, insbesondere des Handelsrechts."

1. So Laband in Goldschmidts Ztschr, f. d. ges. H. R. Bd. 10 p. 186 ff. Schlossmann eod. Bd. 16 p. 4. Buchka, Stellvertretung 1852.

2. Mitteis, Lehre von der Stellvertretung 1885.

uns dieser Theorie deshalb anzuschliessen,[1] weil einmal die Frage nach dem juristischen Grund der Wirkung des vom Vertreter abgeschlossenen Geschäftes für den Vertretenen damit ausreichend beantwortet ist,[2] ferner weil die Frage nach der Bedeutung der Willensmängel in der Person des Vertretenen in der Art angemessen gelöst erscheint, dass, soweit der Wille des Vertretenen relevant ist, z. B. bei der Erteilung eines präzisen Auftrages, auch seine Willensmängel in Betracht kommen,[3] schliesslich aber auch deshalb, weil das B. G. B., indem es diese Lösung der Frage im § 166 Abs. 2 acceptierte,[4] sich ebenfalls auf den Boden dieser neueren Theorie gestellt hat. Diese juristisch so durch das Zusammenwirken von Vertretenem und Vertreter erklärte Stellvertretung ist nun zulässig bei allen Rechtsgeschäften, mündlichen wie schriftlichen, ausser dort, wo sie ausdrücklich durch Gesetz ausgeschlossen ist.[5] Nun ist aber das Accept doch nichts Anderes, als die auf die Aufforderung: „Zahlen Sie“ gegebene Antwort: „Angenommen“; dieses Wort enthält also das Versprechen, die angegebene

1. Vgl. Dernburg, Pand. 1894 Bd. I p. 288.

2. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten 1891 Bd. 2 § 313 Anm. 4 muss sich noch mit einer Fiktion abfinden.

3. Mitteis a. a. O. p. 112 ff., 117, 119.

4. „Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleich steht.“

5. Mit Recht sagen die Motive zum 1. Entwurf eines B. G. B. 1888 Bd. I p. 232: „Die grundsätzliche Zulässigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften ist für den heutigen Verkehr ein unabweisbares Bedürfnis.“

Summe am Fälligkeitstage zu zahlen.[1] Sowohl die Uebernahme des Auftrages, wie die Abgabe des Zahlungsversprechens charakterisieren sich rechtlich als Ausdruck einer Willenserklärung. Auch die schriftliche Form ändert daran nichts.[2] Es ist kein Grund vorhanden, der uns veranlassen könnte, die Vertretung beim Wechselaccept, das sich ebenfalls als eine, durch Namensunterschrift abgegebene Willenserklärung darstellt, auszuschliessen. Der Vertreter thut durch die Unterzeichnung den Willen des Prinzipals kund. Diese Ansicht zeigt sich denn auch schon früh in den Codificationen[3] und Lehrbüchern[4] des deutschen Wechselrechts.

---

1. Oder wie Thöl, Handelsrecht Bd. 2 das Wechselrecht, 1. Aufl. 1847, 4. Aufl. 1878 sagt: „Der acceptierende Trassat verspricht dann und soweit, wenn und wieweit er in der Tratte beauftragt ist, zu zahlen."

2. Das R. O. H. G. (a. a. O. Bd. 5 p. 265) führt mit Recht aus, dass, wer seinen Namen unter einen Vertrag setzt, der ihn als Kontrahenten wörtlich aufführt, dadurch eine Willenserklärung abgiebt, denn die Namensunterschrift besage, dass Unterzeichneter nunmehr durch diesen Vertrag berechtigt und verpflichtet sein wolle; Rehbein, Entsch. d. Obertrib. 1887 Bd. 2 p. 555: „In der Praxis als Vollmacht behandelt ist auch die Vollmacht zur Unterschrift, da die Unterschrift eben nichts bedeutet als die Willenserklärung."

3. Ein interessantes Beispiel, das sich gewissermassen als Gegenstück zu der S. 12 Anm. 5 angeführten Stelle der Motive zum B. G. B., des Näheren über das Bedürfnis und die Art der Vertretung bei Wechselgeschäften verbreitet, findet sich im Art. 13 der Kurpfälzischen Wechselordnung von 1726: „Und weilen bey einer Handlung die Principalen nicht jeder Zeit gegenwärtig seyn können, sondern entweder ihre Söhne und Tochter-Männer, Factorn, Buchhalter, Handlung-Bediente oder andere Personen ihre Geschäfte zu verrichten substituiren, deren Verrichtungen und geschlossene Contracte aber, zumahlen, wenn solche schädlich ausfallen, öfters in disput und Zweifel gezogen werden, woraus dann viele schädliche Irrungen und Processz entstehen können, also sollen alle und jede,

Nachdem wir jetzt gesehen, dass wir aus einfacher Analogie mit dem Civilrecht zu dem Schlusse kommen, dass eine Stellvertretung beim Wechselskripturakt gestattet ist, mag dasselbe auch aus der W. O. dargelegt werden. Den einfachsten Beweis liefert der Art. 95, und zwar liefert er ihn durch seine blosse Existenz. Satz 1 dieses Artikels lautet:

„Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn Vollmacht erteilt gewesen wäre."

Wenn also die W. O. selbst eine bei der Stellvertretung mögliche Komplikation regelt, so ergiebt sich daraus von selbst, dass sie die Möglichkeit einer Stellvertretung als vorhanden voraussetzt. Die Worte: „Wer eine Wechsel-

---

sowohl einheimische als fremde in Unserm Churfürstenthum und Landen handelnden Kaufleute ihre zur Verrichtung ihrer Geschäfften substituirte Personen, sowohl in- als ausserhalb Marckt-Zeiten, mit General oder Special, entweder auf gewisse Zeit, oder ohne Benennung der Zeit gerichteteten Vollmachten dergestalt versehen, dass solche sowohl ein- als verkauffen, Wechsel schliessen, indossiren, acceptiren, empfangen, zahlen, abrechnen, quittiren, und was sonsten nach Art und der Natur eines jeden Negotii nöthig seyn wird, zu thun und zu lassen, vollkommen Gewalt haben, auch solche Mandate . . . . von der Wirkung und Kräften seyn, gleich ob dieselbe durch ihren Principal selbst geschlossen wären, mithin derselbe davor zu stehen schuldig und gehalten seyn."

4. Heineccius, elementa iuris cambialis 1742 p. 24; Phoonsen, les loix et les Coutumes du Change; Thöl a. a. O. p. 230: „Der Wechselschuldner wird verpflichtet durch seine eigene Unterschrift; gleich steht der Fall, dass mit seinem Willen sein Name von einem Anderen — Beauftragten — geschrieben wird." So das R. O. H. G. in einem Urteil vom 12. III. 1872, und das Obertrib. zu Stuttgart vom 30. VI. 1858. Vgl. Archiv f. Wechselrecht, Bd. 7 p. 338.

erklärung als Bevollmächtigter unterzeichnet . . .“ beweisen, dass es eine Vollmacht zur Wechselerklärung giebt. Wir haben somit das feste Resultat gewonnen, dass eine Stellvertretung bei dem modernen, formalen Litteralkontrakt des Wechselacceptes möglich ist.[1]

§ 2.

Die Voraussetzungen der Vollmacht zum Accept in der Person des Mandanten.

Unsere nächste Aufgabe ist es nunmehr, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen denn nun eine gültige Stellvertretung zu stande kommt. Wir haben hier entsprechend der Form, in welcher das Stellvertretungsgeschäft äusserlich in die Erscheinung tritt, der Vollmachtserteilung zum Accept und der Vollmachtsbenutzung durch Vollziehen des Accepts, und entsprechend der oben dargelegten inneren Struktur des Stellvertretungsgeschäftes überhaupt, nämlich der selbständigen Handlungsweise des Vertreters und des Vertretenen, jedes in seiner Sphäre, zwei getrennte Betrachtungen anzustellen, einmal darüber, welches die Bedingungen einer gültigen Vollmachtserteilung, und ferner, welches die des rechtsverbindlichen Gebrauchs dieser Vollmacht sind; oder mit andern Worten: wir haben zu untersuchen die Voraussetzungen in der Person des Mandanten und in der Person des Mandatars.

Was nun zunächst den Mandanten betrifft, so ist ganz klar, dass das erste und hauptsächlichste Erfordernis seine Wechselfähigkeit ist. Denn er wird durch das Accept selbst wechselmässig haftbar gemacht und steht rechtlich so da, als wenn er selbst eigenhändig die Unterschrift voll-

1. Sie war es übrigens auch bei dem formellen römischen Verbalcontract der Stipulation, § 8 I. de mand. 3, 26.

zogen hätte. Für den Mandanten gilt daher notwendig die Vorschrift des Art. 1 W. O., und zwar mit allen ihren einzelnen Konsequenzen. Es erübrigt sich für uns, auf alle diese Punkte einzugehen, und es mag nur ganz kurz auf einzelne besonders wichtige und interessante Erscheinungen hingewiesen werden.[1] Selbstverständlich ist, dass handlungsfähige Grossjährige ganz frei zum Accept bevollmächtigen können, Minderjährige dagegen nur nach Massgabe des Civilrechts, dem sie unterstehen; d. h. nach gemeinem Recht nur mit Zustimmung des Vormundes; nach A. L. R. gestaltet sich die Frage etwas komplizierter, denn Minderjährige unter sieben Jahren können garnicht bevollmächtigen,[2] solche über sieben Jahre mit Zustimmung des Vaters oder Vormundes;[3] sind sie mit Genehmigung des Vormundes Kaufleute, so ist die Vollmacht zum Accept, entsprechend der Wechselfähigkeit, auch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts gültig,[4] doch kann speziell hier eine generelle Erlaubnis erteilt werden.[5] Ferner können grossjährige Hauskinder nach gemeinem Recht ohne den Vater gültig bevollmächtigen für das dem väterlichen Niessbrauche nicht unterworfene Vermögen, nach A. L. R. nur für das freie Kindesvermögen und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf dasselbe[6, 7]; werden sie Kaufleute, so sind sie alsbald von jeder Beschränkung frei. Ehefrauen

1. Vgl. Staub, a. a. O. p. 6. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts 1886, p. 297 ff.

2. Wohl aber kann es für sie der Vormund mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, Vorm. O. § 42 No. 10.

3. § 2 d. G. vom 12. VII. 1875.

4. § 5 d. G. von 1875.

5. § 45 Vorm. O.

6. § 158, 165 A. L. R. II. 2.

7. Ueber die praktische Tragweite dieses theoretisch jedenfalls unanfechtbaren Satzes vgl. Staub, a. a. O.; Lehmann, a. a. O. p. 305. Entsch. d. R. O. H. G. VII, 26.

sind dann fähig, zum Accept gültig zu bevollmächtigen, wenn sie entweder Handelsfrauen sind, oder aber, auch ohne dies zu sein, unter Dotalrecht leben; preussische Ehefrauen dagegen nur nach Massgabe des Güterrechtssystems, welchem sie unterworfen sind.[1]

Wer nur teilweise wechselfähig ist, — ein allerdings ziemlich exceptioneller Fall — kann auch nur in der Höhe des Betrages, über den er selbst gültig acceptieren könnte, zum Accept bevollmächtigen. So also z. B. Mecklenburg-Schwerin'sche Leutnants, Unteroffiziere und Soldaten ohne schriftliche Genehmigung des vorgesetzten Kommandeurs nicht über den Betrag der Monatsgage hinaus.[2]

Eine Frage, welche sich unmittelbar hier anschliesst, ist die, in welchem Augenblick die Wechselfähigkeit des Vertretenen vorhanden sein muss, ob zur Zeit der Vollmachtserteilung oder zur Zeit der Vollziehung des Accepts. Diese Frage kann in doppelter Weise praktisch werden, nämlich sowohl für Minderjährige[3] wie für Entmündigte. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass der Augenblick der Vollmachtserteilung der massgebende ist. Denn hiermit ist das Geschäft, soweit es in die Sphäre des Auftraggebers fällt, perfekt. All das, was der Vertretene an rechtlichen Voraussetzungen zum gültigen Accept beizutragen hat, muss in diesem Moment vorhanden sein, denn auch seine Verpflichtung ist bereits in diesem Augenblick begründet; die Verfügung über das Entstehen oder Nichtentstehen eines nur ihn einseitig obligierenden Geschäftes

1. Die einzelnen Fälle behandelt erschöpfend Staub a. a. O. p. 6 ff. Landesrecht gilt ferner für Prodigi, Geistesschwache (vgl. S. 6 No. 1 B. G. B.) Blödsinnige (§ 26 I, 4 A. L. R.), wegen Trunksucht, Entmündigte (§ 6 No. 3 B. G. B.), und Furiosi.

2. Verord. vom 6. VI. 1864 R. O. H. G. 23, 183.

3. Dasselbe gilt auch ev. für Hauskinder in dem Gebiet des preussischen Rechts.

ist einem Dritten anvertraut, in dessen Händen es liegt, nach Belieben sofort eine seinen Auftraggeber verbindende Verpflichtung zu schaffen. Diese Möglichkeit bezüglich eines bestimmten Geschäftes kann aber unmöglich derjenige übertragen, welcher zur Vornahme des Geschäftes selbst noch nicht fähig ist. Wenn also z. B. ein Minderjähriger Vollmacht zum Accept erteilt, und das Accept erst nach eingetretener Grossjährigkeit vollzogen wird, so müssen wir jene Vollmachtserteilung als unverbindlich ansehen; denn als sie erfolgte, hatte der Mandant noch keinen gültigen Wechselverpflichtungs-Willen; ein solcher kann aber natürlich nicht durch Ablauf der Zeit und Eintritt der Grossjährigkeit ersetzt werden, denn: quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.[1, 2] Selbst dann, wenn die Vollmacht ausdrücklich nur unter der Bedingung erteilt war, dass erst nach Eintritt der Grossjährigkeit von ihr Gebrauch gemacht werden sollte, und selbst wenn diese Bedingung streng eingehalten wurde, so ist doch m. E. der Auftraggeber nicht gebunden, den Wechsel zu bezahlen, denn auch diese Vollmachtserteilung muss, so hart und unbillig das auch auf den ersten Blick erscheint, als die unzulässige und unverbindliche Aeusserung eines rechtlich überhaupt nicht beachteten Wechselverpflichtungs-Willens angesehen werden.

Analog steht es mit dem Entmündigten. So lange die Entmündigung nicht erfolgt ist, steht der Vollmachtserteilung nichts im Wege, und durch jene kann dieser nicht mit rückwirkender Kraft ihrer Wirksamkeit entzogen

---

1. Richtig Staub, a. a. O. p. 12 Anm. 1. Vgl. Entsch. R. O. H. G. 19, 316.

2. § 3 d. Ges. vom 12. VII. 1875: „die wegen fehlender Genehmigung unwirksamen Geschäfte werden wirksam, wenn der Minderjährige nach erlangter Selbstständigkeit sie anerkennt.“ Durch Zeitablauf aber nicht.

werden, falls nicht vom Vormund des nunmehr Entmündigten nachgewiesen wird, dass schon damals ein, das Zustandekommen einer verbindlichen Vollmacht verhindernder Willensmangel beim Mandanten vorlag, ein Fall, der natürlich nach allgemeinen Rechtsregeln zu beurteilen ist.[1]

§ 3.
Die Voraussetzungen der Vollmacht zum Accept in der Person des Mandatars.

Wir wenden uns nunmehr zur Betrachtung derjenigen Voraussetzungen, welche in der Person des Bevollmächtigten vorhanden sein müssen.

Es ist zunächst bereits hier zu bemerken, dass es sich in unserer Untersuchung nur um den Fall einer Bevollmächtigung handelt, nicht um den, dass jemand unmittelbar nach Diktat oder auf Aufforderung des anwesenden Acceptanten vor dessen Augen die Unterzeichnung vornimmt; denn in diesem Fall finden nicht die Regeln der Stellvertretung Anwendung, da der Schreiber lediglich als untergeordnetes Werkzeug, gewissermassen als der verlängerte Arm des Acceptanten anzusehen ist, und dessen Persönlichkeit allein für die rechtliche Beurteilung des zustandegekommenen Geschäftes massgebend sein kann, so dass dieser Fall auch in juristischer Hinsicht des Interessanten wenig bietet.

Die erste Frage, welche uns jetzt begegnet, ist die nach dem Masse der Handlungsfähigkeit des Stellvertreters. Wir müssen bei der Beantwortung das, was oben im allgemeinen über die juristische Natur des Stellvertretungsgeschäftes gesagt worden ist, auf den speziellen Fall an-

1. Diese Sätze sind natürlich auch für den Fall des Eintritts einer beschränkten Wechselfähigkeit anzuwenden.

wenden. Der Vertretene hat, das können wir aus unseren obigen Erörterungen unmittelbar folgern, den Willen, sich durch den Vertreter wechselmässig verpflichten zu lassen; der Vertreter den Willen, den Vertretenen wechselmässig zu obligieren. Wenn daraus einerseits folgte, dass der Vertretene fähig sein musste, sich wechselmässig zu verpflichten, resp. sich verpflichten zu lassen, so geht andererseits daraus hervor, dass der Vertreter diese Fähigkeit nicht zu besitzen braucht, denn er will ja nicht sich, sondern seinen Mandanten verpflichten;[1] und da er diesen Willen haben muss, damit ein gültiges Geschäft zu stande kommt, so erhalten wir nunmehr als endgültiges Resultat, dass der zum Wechselaccept Bevollmächtigte willensfähig sein muss. Er darf daher weder infans noch furiosus, bezw. nach A. L. R. nicht unter sieben Jahren, rasend oder wahnsinnig sein.[2, 3, 4]

---

1. L. 7 § 2 D. 14, 3: pupillus autem institor obligat qui eum praeposuit institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit.

2. § 1 d. Ges. vom 12. VII. 1876 in Verb. mit § 23 A. L. R. I. 4.

3. So auch Hellmann, Lehre von der Stellvertr. p. 144; Dernburg, Pand. Bd. I p. 282 Anm. 4; Bernstein, W. O. § 3 zu Art. 95. Vgl. § 32 ff. A. L. R. I. 13, sowie auch vornehmlich § 165 B. G. B.: „Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist."

4. Dies zeigte sich z. B. in folgendem praktischen Fall wichtig: Eine Frau hatte ihren, wegen Blödsinns entmündigten Mann mit der selbständigen Leitung einer auf ihren Namen eingetragenen Buchhandlung betraut, und dieser hatte Wechsel unter der Firma acceptiert. Die Frau, aus der Vollmacht, welche präsumtiv auch die Erlaubnis zum Accepte in sich schloss, verklagt, musste verurteilt werden, da nach § 26 A. L. R. I., 4 der Ehemann als willens- und daher, nach unseren obigen Ausführungen als vertretungsfähig anzusehen war.

Massgebend für die Beurteilung der Vertretungsfähigkeit kann hier nur der Augenblick des Accepts sein. Der Vertreter, welcher nur eine Vollmacht, nicht aber einen bindenden Auftrag — um diesen Fall handelt es sich in unserer Untersuchung überhaupt gar nicht — erhalten hat, braucht sich bei dem Empfang der Vollmacht gar nicht zu äussern, und der Wille, den Mandanten zu obligieren, braucht daher nicht schon jetzt, sondern erst im Augenblick des Accepts zu entstehen, und daher wird auch erst jetzt die Frage wichtig, ob dieser Wille im Momente seines Entstehens als juristisch relevant anzusehen ist.[1]

Das zweite Erfordernis in der Person des Vertreters ist die Existenz einer Vollmacht. Nur das durch eine Vollmacht gedeckte Handeln des Vertreters für den Vertretenen kann diesen obligieren. Sie ist das zur Stellvertretung zunächst nötige Requisit und bildet ein Essentiale des Stellvertretungsgeschäftes.[2] Sie ist zu definieren als die dem Stellvertreter erteilte Ermächtigung, für seinen Auftrag-

1. Es ist nochmals zu betonen, dass es sich für uns nur um eine Vertretung kraft Vollmacht, nicht kraft Auftrags handelt. Die Annahme eines Auftrags verpflichtete den Beauftragten und benötigte daher eine Untersuchung darüber, ob im Momente seiner Erteilung der Empfänger verpflichtungsfähig war; die Vollmacht berechtigt nur zunächst und überlässt es dem Bevollmächtigten, selbst den Zeitpunkt zu wählen, in welchem er von seiner Vollmacht Gebrauch machen will. Dieser Moment ist dann der erste, in welchem der Bevollmächtigte überhaupt juristisch handelnd in die Erscheinung tritt, und nicht, wie beim Auftrage, die Erteilung desselben. Es ist daher erst der Moment, in welchem der Stellvertreter von seiner Vollmacht Gebrauch macht und derselben gemäss das Geschäft für den Auftraggeber vollzieht, für die Beurteilung der für ihn erforderten Handlungsfähigkeit heranzuziehen.

2. Das, was „die Kraft verleiht, für den Vertreter zu wirken,“ Mitteis, a. a. O. p. 182.

geber rechtsverbindlich zu kontrahieren.[1] Sie allein und nicht der Auftrag ist massgebend, wenn es sich um ein Ueberschreiten der Befugnis des Vertreters handelt, und man kann sie füglich als die äussere sichtbare Seite des Stellvertretungsverhältnisses, gewissermassen als dessen Verkörperung in der Aussenwelt bezeichnen.

Die Form der Vollmachtserteilung ist nach den verschiedenen in Deutschland geltenden Rechten verschieden[2]. Die Entscheidung für das gemeine Recht wie für das B. G. B. lautet einfach dahin, dass Formlosigkeit genüge.[3] Für das Gebiet des preussischen Rechtes ist dagegen Schriftlichkeit erforderlich. Der § 7 A. L. R. I., 13 bestimmt:

1. Die verschiedenen Legaldefinitionen lauten B. G. B. § 162, 2: „Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht"; A. L. R. § 5, I., 13: „Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn oder statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt"; der erst im H. G. B. kodifizierte Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag ist im A. L. R. noch nicht ausgeprägt, wie sich dies auch in der Unterschrift „von Vollmachtsaufträgen" zeigt. Cod. civ. Art. 1984: „Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir, de faire quelque chose pour le mandant et en son nom." Oestr. B. G. B. § 1002: „der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft zu besorgen übernimmt."

2. Diese Verschiedenheit, entsprechend der mannigfachen Verschiedenheit der Rechtsgestaltung, findet sich bereits in den älteren Wechselrechtslehrbüchern, vgl. Püttmann, Grundsätze des Wechselrechts § 8.

3. B. G. B. § 167: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder den Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Die Erklärung bedarf nicht dei Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht." Durch diese Bestimmung wird nunmehr also endgültig auch in diesem Punkte die Rechtseinheit hergestellt sein, da auch, wie später noch nachzuweisen sein wird, Formlosigkeit für die Vollmachtserteilung im H. G. B. genügt.

„Wo nach den Gesetzen kein schriftlicher Kontrakt erforderlich ist, da ist der Vollmachtsauftrag für geschlossen zu erachten, wenn der eine den Auftrag des andern auch nur stillschweigend annimmt."

und § 8 fährt fort:

„Doch kann auch in solchen Fällen, wo es unter den handelnden Personen eines schriftlichen Vertrages nicht bedarf, ein Dritter, welcher mit dem Bevollmächtigten sich eingelassen hat, auf Erfüllung des mit selbigem geschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht klagen, wenn der Bevollmächtigte nicht durch einen schriftlichen Auftrag desselben legitimiert worden ist".

Zunächst ist einmal zu bemerken, dass, dem früher entwickelten Grundsatz entsprechend, diese landesrechtliche Bestimmung subsidiär bei der Anwendung der W. O. heranzuziehen ist, woraus dann unmittelbar folgt, dass Ansprüche gegen den Acceptanten aus dem durch einen Bevollmächtigten vollzogenen Accept im Gebiete des A. L. R. nur dann geltend gemacht werden können, wenn eine schriftliche Vollmacht existierte[1 2].

1. Entsch. des R. O. H. G. VII, 316. Fuchsberger, d. Entsch. des R. O. H. G. Teil II p. 13: „Die preussische Regel, dass derjenige, welcher mit dem Bevollmächtigten abschliesst, sich an den Machtgeber nur dann halten kann, wenn der Bevollmächtigte zum Abschluss schriftlich ermächtigt gewesen, ist für die Ausstellung, Annahme und Begebung von Wechseln in der W. O. nicht ausser Kraft gesetzt." Erk. des Ob. Trib. vom 21. VII. 1857 (dieses Erkenntnis ist in keiner offiziellen Sammlung abgedruckt; es findet sich bei Borchardt, Allg. D. W. O. 1864 p. 376:) „Derjenige, welcher seinen Namen unter einer Wechselerklärung nicht selbst schreibt, sondern durch einen Dritten schreiben lässt, wird durch diese Unterschrift des letzteren nur dann in Preussen wechselmässig verpflichtet, wenn er dazu dem Dritten eine schriftliche Vollmacht gegeben oder den Dritten vor Ausstellung des Wechsels dem Bezogenen und den Indossataren als seinen Prokuristen schriftlich oder mündlich

An dem Grundsatze der Formlosigkeit ist auch für das Handelsrecht festzuhalten, wie sich das aus einem genaueren Vergleich der einschlägigen Artikel ergiebt. Es bestimmt Art. 274 Abs. 2:

„Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegenteil ergiebt".

Nun ist aber der Wechsel nichts Anderes als ein qualificierter Schuldschein; er enthält wie dieser das Anerkenntnis der Thatsache, dass der Acceptant dem Remittenten oder an dessen Ordre eine bestimmte Summe zahlen solle, sodass also der Acceptant an den Indossatar auf Grund seines bindenden Versprechens die betreffende Summe zu zahlen schuldig ist, oder kurz „schuldet".[1] Daraus folgt,

---

bezeichnet hat." Konsequenterweise und mit Recht hat das R. G. die Unterzeichnung eines Wechsels für einen Anderen ohne schriftliche Vollmacht für das Gebiet des preussischen Rechtes als eine objektiv widerrechtliche bezeichnet. Entsch. d. R. G. in Strafs. 5, 153.

2. Heutzutage, wo selbst die Bestimmung des A. L. R. gegenüber dem B. G. B. als unzulässige und lästige Beschränkung des Verkehrs erscheint, muten uns die mannigfaltigen Cautelen, mit denen man in früherer Zeit die Vollmachtserteilung zum Wechselaccept umgab, gar seltsam an. Bestimmt doch noch im Beginn des XVIII. Jahrhunderts die Augsburger W. O. im § 12 Kap. 3: „damit aber ein jeder solcher Gewalthaber" — sc. Vollmachtsinhaber — „auf dem Platz bekannt sein möge, soll sein Prinzipal ihn in ein eigenes, hiezu gewidmetes Buch, welches jedesmal der älteste dekretierte Wechselsensal der einen oder anderen Religion in Händen hat, einzeichnen und selben unter der eingetragenen ditta unterschreiben lassen."

1. Diese Auffassung wird in der Litteratur allgemein geteilt, so von Makower in seinem Allg. Dtsch. H. G. B. 1893 p. 353: „Der Art. 274 findet seine Anwendung auch auf das Ausstellen und Acceptieren von Wechseln." Staub, Komm. z. Allg. deutsch. H. G. B. Hahn im Komm. z. H. G. B. 1871 zum Art. 274, und ist auch durch die

dass das Ausstellen eines Wechselaccepts wenn es als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet gilt, als Vornahme eines Handelsgeschäftes anzusehen ist, denn in Art. 272 H. G. B. heisst es:

„Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen“;

also auch das Ausstellen oder Acceptieren von Wechseln.[1] Ist aber das Acceptieren ein Handelsgeschäft, so ist auch die Vollmacht zum Accept ein Handelsgeschäft, denn sie erfüllt ebenfalls das Erfordernis des Art. 273 zum Betriebe des Handelsgewerbes zu gehören, da sie ja bestimmt ist, die Durchführung eines andern Handelsgeschäftes, eben des Accepts, zu ermöglichen. Sie stellt sich damit auf eine Stufe mit der dem Prokuristen, dem Generalhandlungsbevollmächtigten, und dem Handlungsgehilfen erteilten Vollmacht, deren Zweck es ebenfalls ist, die Vornahme von Geschäften, welche zum Betriebe eines Handelsgeschäftes gehören, durch Stellvertreter zu ermöglichen. Der Art. 298 speziell regelt die Vollmacht zu Handelsgeschäften entsprechend den Vorschriften über Prokuristen und Handelsbevollmächtigte nur aus der Anschauung heraus, dass die Vollmacht zu Handelsgeschäften auch ein Handelsgeschäft sei. Ausserdem folgt aber auch aus dem Wortlaut des Art. 273, dass die Vollmacht zum Accept, als Vollmacht zu einem Handelsgeschäft, auch unter diesen Artikel fällt. Da

obersten Gerichtshöfe gebilligt worden, sowohl dem R. O. H. G. (Entsch. des R. O. H. G. 4, 53; 9, 174) wie dem Ob. Trib. in Striethorsts Archiv f. Rechtsfälle 53, 268; 57, 297.

Ebenso fast alle Kommentatoren des Handelsgesetzbuchs und der Wechsel-Ordnung.

1. So bezeichnet z. B. Behrend in seinem Lehrb. des Handelsr. 1868 p. 134 die Wechselgeschäfte geradezu als Handelshilfsgeschäfte.

nun aber weiterhin der Artikel 317 H. G. B. Abs. I. bestimmt:

„Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt",

so kommen wir zu dem schliesslichem Resultate, dass für das Handelsrecht mündliche Vollmacht zum Wechselaccept genügt.[1]

Neben diese Fälle der Erteilung einer Vollmacht zum Accept, welche teils aus einer speziellen, teils aus einer Generalvollmacht, beide in den oben erörterten Formen erteilt, hervorgehen, treten zahlreiche Fälle einer gesetzlichen Vollmacht, welche die Erlaubnis zur Wechselzeichnung in sich schliesst. Die wichtigsten unter diesen, welche sich in dem ganzen Gebiete des Privatrechts zerstreut finden,[2] sind die dem Handelsrecht entstammenden, von welchen nur kurz die Vollmacht des Prokuristen[3] und die der Vertreter der verschiedenen Gesellschaften

1. Es mag deshalb auf die Wichtigkeit dieses Resultats hingewiesen werden, weil ja der Art. 317 auch dann Platz greift, wenn nur der Acceptant Kaufmann ist. Vgl. Art. 277 H. G. B.: „Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses 4. Buches in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmässig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergiebt, dass ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist." Ob. Trib.: „Der Art. 317 unterscheidet nicht zwischen Handelsgeschäften, welche nur auf Seiten der Kontrahenten diesen Charakter haben, und solchen, welche ihn bezüglich beider Teile haben." Striethorsts Arch. Bd. 54 p. 39.

2. Vgl. die §§ 1822 No. 9; 1825 B. G. B.

3. Art. 42 H. G. B.

des Handelsrechts erwähnt sein mögen.[1] So weit die gesetzliche Vollmacht einer gesetzlichen Beschränkung unterliegt, gilt eine solche Beschränkung natürlich auch für die Vollmacht zum Accept.[2]

§ 4.

Die Form des Accepts.

Nachdem wir somit festgestellt haben, welche Voraussetzungen in der Person der beiden Handelnden vorhanden sein müssen, wenden wir uns zu der weiteren Frage, in welcher Form denn nun der Bevollmächtigte von seiner Vollmacht Gebrauch zu machen, in welcher Weise er das Accept zu vollziehen hat.

Die Vollziehung der Unterschrift durch einen Bevollmächtigten ist auf drei verschiedene Arten möglich; der Vertreter kann den blossen Namen des Prinzipals zeichnen, er kann diesem Namen seinen eigenen, mit einem das Stellvertretungsverhältnis bezeichnenden Zusatz, hinzufügen, und er kann schliesslich nur seinen eigenen Namen, mit oder ohne Kenntlichmachung der Stellvertretungseigenschaft unterfertigen. Von diesen drei civilrechtlichen Möglichkeiten ist für das Wechselrecht infolge des formalen Charakters des Wechsels zunächst eine auszuscheiden, nämlich der Fall, dass der Vertreter nur seinen eigenen Namen mit oder ohne Zusatz zeichnet; denn dann kann der Vertretene nicht wechselmässig haftbar gemacht werden,

1. Art. 114, 167, 227, 230, H. G. B. Vgl. § 26 d. Reichsges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. V. 1889, sowie § 36 d. Ges. über die Gesellsch. m. beschr. Haftung v. 20. IV. 1892.

2. Vgl. die beiden oft citierten Entsch. R. O. H. G. 13, 226 und 21, 308 betr. der Liquidatoren.

weil ja sein Name überhaupt garnicht auf dem Wechsel steht. Aus den Worten des Artikel 21 W. O.:

„Die Annahme des Wechsels muss auf dem Wechsel schriftlich geschehen"

geht hervor, dass der Gesetzgeber die Erkennbarkeit des Acceptanten aus der Unterschrift verlangte, dass daher ein Accept den nicht bindet, dessen individuell bestimmte oder bestimmbare Persönlichkeit nicht deutlich daraus hervorgeht, wie das der Fall ist, wenn der Name des Betreffenden auf dem Wechsel garnicht steht. Bei der Klage aus dem Wechsel werden die Rechte geltend gemacht, welche in dem Wechsel expressis verbis verbrieft sind, sodass von der Passivlegitimation des im Wechseltext nicht genannten keine Rede sein kann. Daraus folgt, dass ein Accept den Machtgeber dann nicht bindet, wenn nur der Name des Bevollmächtigten gezeichnet ist.[1]

1. Dies ist die allgemein vertretene Ansicht, so von Kuntze in seinem W. R. p. 120: „Hier liegt verdeckte Stellvertretung vor, und . . . wird . . . der Auftraggeber . . . nicht wechselmässig verpflichtet." Endemann, H. R. p. 339: „Es haftet der Stellvertreter wechselmässig, weil er auf dem Wechsel und somit nach aussen hin lediglich als derjenige erscheint, welcher die Wechselerklärung abgegeben hat." Wächter W. R. p. 127: „Würde ein Bevollmächtigter nur seinen eigenen Namen, nicht den des Auftraggebers gezeichnet haben, so trifft den letzteren keine wechselmässige Verpflichtung." Uebrigens findet sich bereits diese Ansicht kodifiziert in der Braunschweigischen W. O. vom 1. VIII. 1715: „Wenn ein Faktor bey habender dergleichen Vollmacht, Wechselbriefe auf sich selbst stellet, bleibet er, dererselben ohnbeschadet die Zahlung zu thun, verbunden, und hat der Innhaber, wenn der Principal sich von selbsten dazu nicht verstehen will, dieselbe von niemand, als ermeldeten Ausgeber oder Indossenten, zu praetendiren." Ebenso Staub a. a. O. 246; Rehbein, W. O. p. 23; Ball W. O. 1891 p. 177; Brunner im Colleg über W. R.; Goldschmidt, im System des Handelsrechts 1892, p. 277.

Als der normale Fall der Wechselzeichnung durch Stellvertreter ist der oben an zweiter Stelle erwähnte anzusehen, dass der Vertreter den Namen des Prinzipals hinschreibt und darunter den seinen mit einem das Stellvertretungsverhältnis andeutenden Zusatz setzt; denn einmal glaube ich, dass der Art. 95 W. O. diesen Fall vornehmlich im Auge hat, weil mit den Worten:

„ . . . haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde"

grundsätzlich eine wechselmässige Haftung des Pseudovertreters statuiert wird. Die Einführung einer wechselmässigen Haftung erscheint mir aber nur dann möglich, wenn der Name des in Anspruch genommenen auf dem Wechsel steht, aus dem entsprechenden Grunde, aus dem oben die Zahlungspflicht des nicht genannten Prinzipals geleugnet wurde.[1] Ausserdem enthält aber das H. G. B. Vorschriften, welche subsidiär auch hier analog anzuwenden sind, und zwar sind dies vornehmlich die Art. 44 Abs. 1[2]

1. Dies mein Standpunkt in der hier nicht weiter zu erörternden Kontroverse über die Haftung des falsus procurator aus Art. 95. A. M. z. B. Staub, a. a. O. p. 246/47, dessen Konstruktion, in der Zeichnung eines fremden Namens liege die stillschweigende Erklärung, Bevollmächtigter zu sein, mir allzu gewagt erscheint. Staub irrt übrigens m. E., wenn er meinen sollte, dass Dernburg auf seinem Standpunkt stehe. Dernburg, Preuss. Privat-R. Bd. II p. 861 Anm. 13 geht davon aus, dass der falsus procurator überhaupt nicht als Wechselschuldner zu betrachten sei, und braucht daher einen Unterschied zwischen blosser Unterzeichnung des Namens des Machtgebers und derselben Unterschrift mit Hinzufügung des eigenen Namens des Vertreters nicht zu machen; Staub dagegen sagt p. 277 § 17 ausdrücklich: „Der Pseudovertreter haftet wechselmässig." Die hier vertretene Ansicht findet sich bei Thöl a. a. O. IV. Aufl. § 63, und als die des R. G. in Fenners Archiv Bd. 1 p. 18.

2. „Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, dass er der Firma einen, die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt."

und Art. 44.[1] Normal ist es also, wenn der Bevollmächtigte unterzeichnet:

Angenommen in Vollmacht des Acceptans; Mandatarius oder

Angenommen Acceptans, in Vollmacht Mandatarius.[2]

1. „Der Handlungsbevollmächtigte . . hat mit einem, das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatz zu zeichnen." Entsprechend für das Gesellschaftsrecht Art. 88, 2; 139; 153; 179; 229.

2. So Wächter, a. a. O. p. 126. Ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte des Wechselrechts lehrt, dass diese Form der Unterschrift von jeher dann angewendet wurde, wenn ein Bevollmächtigter acceptierte. So schon Art. VIII „der Stadt Leipzig Wechsel-Ordnung." „Alle Acceptationes deren Wechselbriefe, es sey inn- oder ausser denen Märkten, sollen in Gegenwart des Innhabers oder deren Seinigen, entweder von dem, auf welchen sie lauten, selbst schriftlich durch eigenhändige Unterschreibung des Wechselbriefes, mit Bemerkung der Zeit und Beysetzung des Namens und Zunahmens, oder von desselben Gevollmächtigten, gleichergestalt mit Exprimirung, sowohl ihrer Principalen, als ihrer eigenen Tauff- und Zunahmen, auch Beyfügung der Zeit der Acceptation, und zwar pure und schlechterdinge, ohne Anhang einziger Condition oder Reservats, verrichtet werden." Heineccius, Elementa juris cambialis 1742: Aliquando institor acceptat tamquam mandatarius, idque fieri solet his similibusque verbis: im Namen seines Patrons N. und in dessen Vollmacht acceptiert und verspricht kontente Bezahlung NN. Zu verweisen ist ferner auf die Oesterr. Novelle vom 19. VI. 1872 (R. G. Bl. No. 88), wonach diese Form die einzige ist, welche eine wechselmässige Haftung des Vertretenen begründet; auf den § 2 der W. O. für den Canton Zürich vom 16. V. 1805: „Alle und jede Wechselbriefe sollen von dem Aussteller . . oder durch anerkannte Bevollmächtigte unterzeichnet werden. Ein solcher Bevollmächtigter unterzeichnet im Namen seines Principalen per procuram mit Beisetzung seines Namens"; auf Art. 435 des Codico de Comercio vom 30. V. 1829: „Todos los que pongan sus firmas a nombre de otre en las letras de cambio como libradores, aceptantes ó endosantes, deben hallarse autorizados para elle con ponder especial de las personas en cuya representacion obren, y epresarlo asi en la ante firma."

Wie nun aber, wenn der Bevollmächtigte nur den Namen seines Vollmachtgebers unterzeichnet.[1] Es sprechen in dieser Frage viele bereits erörterte Grundsätze mit. Wir sahen, dass das Abgeben einer Unterschrift eine Willenserklärung war, des Inhaltes: ich will an das gebunden sein, was in dem über der Unterschrift stehenden Texte gesagt ist. Man sollte nun meinen, dass diese Willenserklärung von jedem gültig bevollmächtigten Stellvertreter vollzogen werden kann. Nun ist aber wiederholentlich behauptet worden,[2] der Name eines Menschen sei derart ein Teil seiner Persönlichkeit, dass sein Gebrauch mandatsweise einem Anderen nicht übertragen werden könne; solle für

(„Wer Wechselbriefe als Aussteller, Acceptant oder Indossent im Namen eines Andern unterschreibt, muss dazu durch spezielle Vollmacht von demjenigen, für den er handelt, autorisiert sein, und dieses vor der Zeichnung seines Namens setzen.) Schliesslich auf das Formalur 10 zur russischen Wechsel-Ordnung vom 26. VI. 1832, welches hier aufgeführt werden soll, weil es uns das höchst interessante Musterbeispiel eines von einem Bevollmächtigten acceptierten Wechsels giebt:

Simbirsk, den 2. July. Wechsel für 1,700 Rub. B. A. Dreissig Tage nach Sicht ist gegen diesen meinen Wechsel mein Vollmachtgeber, der St. Petersburgische Kaufmann 3. Gilde, Andrey Sergejeff, verpflichtet, an Iwan Iwanoff, St. Petersburgischen Kaufmann 1. Gilde, oder an dessen Ordre, die Summe von 1,700 Rubel Reichs-Bank-assignationen zu zahlen, welche ich von ihm, kraft der mir von meinem Vollmachtgeber zu Geldanleihen ertheilten Vollmacht, baar empfangen habe. Iwan Terentjeff, Lugascher Bürger, Bevollmächtigter des St. Petersburgischen Kaufmanns Andrey Sergejeff."

1. Vgl. die vielfach citierten und sehr gründlichen Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 5 p. 263 ff., welche sich eingehend mit dieser Frage beschäftigen, und deren Beweisführung einleuchtend und überzeugend ist.

2. Entsch. des Ob. Trib. 12, 479; 17, 461; 18, 207; 29, 293; 60, 323.

einen Anderen gehandelt werden, so vertrete der Mandatar ihn nicht physisch, sondern nur juristisch, und deshalb könne jener nur in, aber nicht unter dem Namen des Vertretenen handeln; folgerecht habe der Mandatar den für den Mandanten abgeschlossenen Vertrag nicht nur mit dessen, sondern auch mit seinem eigenen Namen zu unterzeichnen, und der nur mit des Mandanten Namen vollzogene Vertrag verpflichte diesen nicht. Es scheint, als wenn hierbei die Erwägung massgebend gewesen ist, dass nach altem und modernem deutschen Privatrecht der Name den Inhalt eines, mit dinglicher Wirkung gegen jedermann geltend zu machenden, subjektiven Persönlichkeitsrechtes bildet,[1] und einer, im Hinblick auf das öffentliche Interesse, sehr beschränkten Verfügungsgewalt unterliegt. Doch befindet sich in der oben gegebenen Auslassung ein Fehler, welcher m. E. in der unrichtigen Auffassung des Wortes „Persönlichkeit" liegt.[2] Wenn es dort hiess, der Name des Menschen sei derart ein Teil der Persönlichkeit, dass sein Gebrauch nicht mandatsweise einem Anderen übertragen werden könne, so erscheint das in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Jede Persönlichkeit hat zwei Seiten, eine rechtliche und eine physische; für beide Seiten hat der Name seine Bedeutung. Was zunächst die physische betrifft, so wäre nichts verkehrter, als wenn man meinen wollte, der Name sei mit dem Körper fest verbunden, sei ein physiologischer, untrennbarer Bestandteil desselben; der Name dient lediglich dazu, um die eine physische Person von der anderen zu trennen, er ist nur ein Mittel zur Bezeichnung. In dieser Beziehung kann er auch nicht mandatsweise übertragen

1. Gierke, Dtsch. Pr. R. 1895, p. 720: „Das sich als besonderes Persönlichkeitsrecht von dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit abhebt: „Ein Individualrecht," Kohler, das Individualrecht als Namensrecht im Arch. f. B. R. V, 77 ff.

2. Das R. O. H. G. weist a. a. O. nicht ganz scharf darauf hin.

werden, und nur ganz bestimmte Akte sind geeignet, den Namen als Benennung für eine Person zu übertragen, oder die einmal festgesetzte Bezeichnung eines bestimmten Individuums zu ändern, so die Ehe, die Adoption, die Legitimation, die Nobilitierung und die mit obrigkeitlicher Genehmigung erfolgte Namensänderung. Anders steht es, wenn wir die rechtliche Seite der Persönlichkeit betrachten; hier ist der Gebrauch des Namens eine dem Namensträger ausschliesslich zustehende Befugnis, die aber als subjektives Recht auch übertragbar ist. Wenn, wie bereits wiederholt gesagt, der Gebrauch des Namens bei der Vollziehung einer Unterschrift eine Willenserklärung ist, so ist in dieser Beziehung die Ausübung des Namensrechtes ein Ausfluss der rechtlichen Persönlichkeit; diese, der rechtlichen Seite der Persönlichkeit entspringende Befugnis ist übertragbar, denn der Mandatar bezeichnet nicht etwa sich selbst mit einem falschen Namen, sondern er giebt lediglich das wieder, was auch der Mandant sagen wollte: die Unterschrift soll bindend erklären, dass der Träger des Namens die Pflichten und Rechte übernehmen will, welche aus dem Obenstehenden sich für ihn ergeben. Die Zeichnung des Namens bedeutet in diesem Fall nichts Anderes, als nur die blossen Worte „Angenommen“ oder „Einverstanden“ bedeuten würden, und ebenso wie man einen Stellvertreter zur Annahme eines gewöhnlichen Auftrags bevollmächtigen kann, so darf man ihn hier bevollmächtigen, die an eine ganz bestimmte Form — die Namensnennung — gebundene Annahme fhr den Mandanten gültig vorzunehmen; der Name erscheint hier nicht als die unantastbare Bezeichnung eines Individuums, sondern als ein, eine Willenserklärung ausdrückendes Wort von besonderer Kraft und Bedeutung.[1] Da es sich

1. So ist es zu verstehen, wenn das R. O. H. G. a. a. O. p. 265 sagt: „Wer seinen Namen unter einen Vertrag setzt, der ihn

aber um diesen Fall handelt, so liegt kein Grund vor, eine Unverbindlichkeit der alleinigen Zeichnung des Namens durch den Mandatar anzunehmen.[1]

Bis jetzt also erscheint ein solches Accept noch formgerecht. Prüfen wir nun, ob es vielleicht mit den erwähnten Vorschriften der Art. 44 und 48 H. G. B. collidiert, der Bestimmung, dass Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen ihren Namen unter Kenntlichmachung der Vertretereigenschaft der Unterschrift beifügen sollen. Allerdings handelt es sich in unserer allgemeinen Untersuchung nicht speziell um diese beiden Vertreter des Handelsrechts mit gesetzlich geregelter Befugnis. Da aber ein grosser Teil aller Wechselzeichnung nach Handelsrecht zu beurteilen ist, und alsdann der Art. 298, welcher den Fall der Vollmacht zu einem einzelnen Handelsgeschäft regelt, heranzuziehen ist, so wird es nützlich sein, die allegierten Artikel näher auf ihre Bedeutung für unsere Frage zu prüfen, da sie analog auf die Interpretation des Artikel 298 anzuwenden sind. Aber auch eine solche Kollision liegt nicht vor, denn einmal darf man es wohl[2] als ein anerkanntes Handels-Gewohnheitsrecht ansehen, dass Prokuristen einfach die

als Kontrahenten aufführt, giebt durch diesen Gebrauch eine Willenserklärung ab; die Namensunterschrift soll besagen, dass der Namensinhaber durch diesen Vertrag berechtigt und verpflichtet sein will. Dieser Gebrauch des Namens ist also, als Ausdruck eines bestimmten Willens, eine Aeusserung nicht der physischen, sondern der rechtlichen Persönlichkeit." Das R. O. H. G. sagt damit ungefähr dasselbe, was oben ausgeführt ist; es erschien nur nützlich, noch schärfer auf den Unterschied des Namensgebrauchs für die physische und rechtliche Seite der Persönlichkeit hinzuweisen.

1. Interessant ist es, zu beobachten, wie das Ob. Trib. selbst allmählich seine Anschauung verlassen hat und zu der hier vertretenen übergegangen ist. Vgl. Erk. d. Ob. Trib. v. 23. I. 1164 in Goldschmidts Zeitschr. VII, 589 und vom 21. V. 1864 eod. VIII, 623.

2. Mit R. O. H. G. a. a. O.

Firma zeichnen, andererseits enthalten die citierten Artikel nur instruktionelle Soll-Vorschriften, wie das zunächst aus den Worten:

„. . hat . . . zu zeichnen“

hervorgeht, so dass demnach ein Nichtbeachten dieser Vorschriften keineswegs Ungültigkeit des Geschäftes zur Folge hat und den Prinzipal durchaus nicht liberiert.[1] Demnach stehen die Vorschriften des H. G. B. dieser Form des Accepts nicht entgegen. Wir gehen deshalb zur Betrachtung des Art. 95 W. O. über, um zu sehen, ob wir hier vielleicht eine widersprechende Vorschrift finden. Da belehren uns aber die Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz,[2] dass unser Suchen hier vergeblich sein wird. Absichtlich ist die Frage mit Stillschweigen übergangen worden; wir müssen deshalb auf die oben dargelegten Grundsätze des Handels- und Civilrechtes rekurrieren.

1. Diese Ansicht sprechen zunächst die Protokolle aus (R. O. H. G. a. a. O.), welche zeigen, dass man die ursprüngliche Bestimmung, die Rechtsgültigkeit des Vertretungsgeschäftes solle von der Beobachtung der betr. Vorschriften abhängen, in die jetzige Form abschwächte: „weil es nur auf eine Ordnungsvorschrift, nicht aber auf eine Disposition über die civilrechtliche Gültigkeit der Zeichnung abgesehen war.“ So auch Thöl, a. a. O. Bd. 1 p. 199 und 202 betreffs der Handlungsbevollmächtigten: „Die Aeusserung, dass er bei der Zeichnung nicht andeute, er sei Prokurist, sondern auszudrücken habe, dass er nur Bevollmächtigter sei, ist kein Rechtssatz, sondern ein Wunsch, mithin unerheblich“ und er fügt in einer Anmerkung hinzu (a. a. O. Anm. 1), das sei auch ganz gleich: „denn immer wendet er, soweit es von der Form des Abschlusses abhängt, von sich die Verpflichtung ab, und den Prinzipal verpflichtet er doch nur, wenn der Inhalt des Geschäftes dem Inhalt der Vollmacht entspricht“; dasselbe sagt er dann von dem Prokuristen. So auch Makower a. a. O. p. 61, 62 und Staub, H. G. B. p. 86; Litthauer, H. G. B. p. 38. Entsch. des R. O. H. G. 12, 134.

2. Protokolle d. Leipz. W. Konf. von 1847 p. 157.

Schliesslich ist noch ein Bedenken zu zerstreuen, das sich speziell für das preussische Recht ergeben könnte, nämlich die Vermutung, der § 116 A. L. R. I, 5 widerspreche der Namensunterzeichnung durch einen Anderen. Der betreffende § lautet:

„Verträge, welche vermöge des Gesetzes oder einer Abrede der Parteien schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift.“

Erstens ist von einem Vertreter hierin garnicht die Rede; zweitens ist aber auch der Forderung des A. L. R., soweit sie für unsere Betrachtung wesentlich ist, durchaus genügt; der Kontrahent, dessen Unterschrift zur Gültigkeit erfordert wird, ist der Vertretene;[1] seine Unterschrift steht ja aber auch auf dem Wechsel. Auch die Ansicht, es sei nach A. L. R. eine ausdrückliche Spezialvollmacht nötig, dahin lautend, der Bevollmächtigte dürfe den Namen seines Vollmachtgebers zeichnen, erscheint mir als zu weit gehend; denn die Bevollmächtigung zur Vollziehung einer Unterschrift involviert, als Bevollmächtigung zur Abgabe einer Willenserklärung, auch die Erlaubnis, die im Einzelfalle nötigen Mittel und Wege zur Uebermittelung und zum Ausdruck der Willenserklärung zu benutzen; im übrigen scheint mir, das mag für die Anhänger einer abweichenden Ansicht gesagt sein, die nach preuss. Recht ja erforderliche, schriftliche Spezialvollmacht zum Accept auch direkt in specie die Erlaubnis zur Namenszeichnung zu enthalten; denn der Auftraggeber muss ganz genau wissen, dass ein ihn bindendes Accept nicht anders als eben durch Zeichnung seines Namens zu stande kommen kann. Wir erhalten demnach das endgültige Resultat, dass ein Accept sehr wohl von einem Bevollmächtigten durch Zeichnung des Namens seines Machtgebers vollzogen werden darf. Positiv

1. So das R. O. H. G. a. a. O.

erlaubt ist diese Form, weil sie dem juristischen Charakter der Namensunterschrift als übertragbarem Ausdruck einer Willenserklärung entspricht; nicht verboten, weil ihr keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen.[1, 2]

Nachdem wir somit die Voraussetzungen aufgezählt haben, welche nötig sind, um eine Haftung des Auftraggebers herbeizuführen, bietet die Betrachtung der Folgen, welche eintreten, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, keine Schwierigkeiten mehr. Denn dann kann der zur Geltendmachung der Wechselforderung Legitimierte direkt gegen den Auftraggeber vorgehen, gerade so, als wenn niemals eine Mittelsperson eingegriffen hätte. Die Thätigkeit des Bevollmächtigten ist, vorausgesetzt, dass alle Bedingungen erfüllt sind, dann materiell ganz irrelevant, und der Wechsel von vollkommen der gleichen Wirkung, als hätte der Acceptant ihn selbst, manu propria, unterzeichnet.

Die Schwierigkeiten beginnen erst, wenn entweder eine der oben angegebenen Voraussetzungen fehlt, oder

1. Es ist interessant, zu bemerken, dass Oesterreich unsere Frage in einem besonderen Gesetze (R. G. Bl. No. 88) geregelt hat; hiernach wäre die zuletzt besprochene Unterschrift nur geeignet, eine civilrechtliche, nicht wechselmässige Haftung des Vertretenen zu begründen; diese Möglichkeit liegt allein bei der Firmenzeichnung durch den Vertreter eines Vollkaufmanns vor.

2. Vgl. Urt. des Ob. Trib. zu Stuttgart in Borchardt a. a. O. p. 52: „Es ist zur Gültigkeit der Wechselunterschrift nicht erforderlich, dass der Wechselaussteller seinen Namen eigenhändig schreibe, oder dass derjenige, welcher dies in seinem Auftrage thut, den eigenen Namen mit Angabe des Stellvertretungsverhältnisses beifüge;“ Dernburg, Pr. Priv. R. a. a. O.: „Die Unterschrift des Wechsels kann in der Art vollzogen werden, dass der Bevollmächtigte nach Massgabe seiner Vollmacht den Namen des Machtgebers ohne Hinzufügung des eigenen auf den Wechsel setzt.“ Wächter, W. R. Seite 126: „Der Vertreter verpflichtet — die Erteilung der Vollmacht vorausgesetzt — den Prinzipal, auch wenn er bloss dessen Namen oder Firma zeichnete.“

aber andere, den normalen Verlauf störende Komplikationen eintreten, welche den gewünschten Rechtserfolg verhindern. Beide Fälle sollen im folgenden besprochen und in ihren Folgen erläutert werden, und zwar an Beispielen, welche einerseits am leichtesten praktische Bedeutung gewinnen können, und andererseits geeignet sind, die Eigentümlichkeiten und typischen Merkmale des Wechsels zu illustrieren.

§ 5.

Das Fehlen einer Voraussetzung für die Vollziehung des Accepts durch einen Bevollmächtigten.

1. Fehlt dem Auftraggeber die Wechselfähigkeit oder dem Bevollmächtigten die Willensfähigkeit, so folgt aus dem oben Gesagten unmittelbar, dass ein gültiges Accept nicht zustande gekommen ist; denn der Auftraggeber war nicht im stande, sich wechselmässig verpflichten zu lassen, bezw. der Bevollmächtigte unfähig, seinen Auftraggeber überhaupt, gleichgültig ob wechselmässig oder nicht, zu verpflichten.

Dieser Satz ist analog bei partieller Wechsel- bezw. Geschäftsfähigkeit anzuwenden.

2. Der nächste mögliche Einwand gegen den durch einen Bevollmächtigten unterzeichneten Wechsel — in diese prozessuale Form wird sich ja stets die Behauptung der Fehlerhaftigkeit des Wechsels kleiden — ist der Mangel der Vollmacht auf Seiten des Vertreters. Da wir hier zum ersten Mal auf eine, aus dem Gebiete unserer Untersuchung hergenommene, Einrede gegen einen Wechsel stossen, so ist es unsere nächste Aufgabe, zu untersuchen, ob die Einrede der mangelnden Vollmacht überhaupt nach Wechselrecht zulässig ist.

Jede Einwendung gegen einen Wechsel, mag sie nun in der nur äusserlich verschiedenen Form einer Einrede

oder Duplik vorgebracht werden, ist zunächst auf ihre formelle Zulässigkeit nach Art. 82 W. O. zu prüfen. Es heisst dort:

„Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen, oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.“

Die Worte: „Aus dem Wechselrecht“ bilden den Gegenstand einer bekannten Kontroverse und haben nicht nur eine Fülle von verschiedenen, zum Teil diametral entgegengesetzten Theorien hervorgerufen, sondern auch ausserordentlich mannigfaltige und bedeutend von einander abweichende Erkenntnisse der obersten deutschen Gerichtshöfe veranlasst.[1]

Wir haben für unseren Fall daran festzuhalten, dass der beklagte Acceptant bestreitet, dass eine Vollmacht

---

1. Vgl. von Komierowski, zu Art. 82 der A. D. W. O. Inaug. Diss. 1870 S. 20 ff. Die einen stellten sich auf den Standpunkt, in rem gingen nur die Einreden, welche direkt aus dem Papier als solchem hervorgingen und sich auf Fehler in der Form oder dem Inhalt stützten. So Ladenburg, welcher sogar meint, es liege ein Redaktionsfehler vor, und müsse statt „aus dem Wechselrecht“ heissen „aus dem Wechsel.“ (Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht, herausgegeben von Siebenhar 1865. Bd. 14 S. 133 ff. Bd. 17 S. 67 ff. S. 113 ff. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 7, 28). Andere waren der Ansicht, der Ausdruck „Wechselrecht“ umfasse auch die dem Wechsel eigentümlichen Normen, wobei die einen aber nur die in dem Wortlaut oder Geist der W. O. begründeten Normen zulassen wollten (Brauer, W. O. erläutert 1851 S. 138. Hoffmann, ausführliche Erläuterung der W. O. 1859 zu Art. 82), während die anderen auch die Grundsätze des Civilrechts mit heranziehen wollten (Hartmann, deutsch. Wechselrecht 1869; Wolff, Einreden im Wechselverfahren, Arch. 15, 113). Dies die hauptsächlichsten Gegensätze, doch existieren noch eine Anzahl der divergierendsten Mittelmeinungen.

zur Unterschrift existiert, also damit die Gültigkeit des Accepts leugnet. Nun bildet doch aber die Stellung des Beklagten als Acceptanten die erste Voraussetzung der gegen ihn erhobenen Wechselklage; wenn er also die Gültigkeit des Accepts bestreitet, so leugnet er eben einen integrierenden Bestandteil des Klagegrundes und reisst eine Lücke in die Reihe der konstitutiven Thatsachen. Wir haben diese Verteidigungsmethode als ein einfaches Leugnen des Klagegrundes zu bezeichnen. Wenn der Kläger einen Wechsel mit dem Accept lautend: „Angenommen A." vorlegt und daraus gegen den A. wechselmässig klagt, so involviert diese Klage als Bestandteil des Klagegrundes die Behauptung, dass das Accept auch wirklich das des A. sei, während dagegen A. die Behauptung aufstellt, ein von ihm gegebenes Accept liege nicht vor, da es an einer Vollmacht fehle. Dass aber ein derartiges Leugnen des Klagegrundes in rem geht, kann wohl niemand bestreiten; selbst die, welche auf dem Standpunkt stehen, die dinglichen Einreden müssten aus dem Papier hervorgehen, werden dem zustimmen; denn es wird ja die Authentizität des geschriebenen Wortes „A." geleugnet.[1] Die Einrede der mangelnden Vollmacht ist keine exceptio im technischen, römisch-rechtlichen Sinne. Bei der exceptio heisst es: dare oportet, sed . . . .„[2] es wird ein, das Klagerecht im übrigen anerkennendes, aber

1. Ich bin durchaus mit Lehmann, Lehrb. d. W. R. 1886, § 88, und Dernburg, Pr. Priv. R. S. 863, der Ansicht, dass es sich in unserem Fall um eine einfache negative Litiskontestation handelt, welche: „Mit dem Ableugnen der angeblichen eigenen Unterschrift auf einer Linie steht" (Dernburg) und dass die Einrede der mangelnden Vertretungsbefugnis gegen jeden dritten Gutgläubigen zieht, denn: „die Einrede der mangelnden Vertretungsbefugnis geht dahin, dass ein Wechsel des angeblich Vertretenen nicht vorliegt" (Lehmann).

2. „Emptorem tuebitur praetor" L. 14. D. de Publ. in rem act. 6, 2.

es von vorn herein vernichtendes oder hemmendes Gegenrecht geltend gemacht. Davon ist und kann hier nicht die Rede sein. A. beruft sich auf die Nichtexistenz des vom Kläger implicite behaupteten Accepts, und dieser Einwand wirkt ipso jure in rem.[1] Man könnte sogar schwanken, ob diese negative Litiscontestation überhaupt noch als eine Einrede aufzufassen ist; denn wenn auch die moderne Einredetheorie den Begriff der Einrede weiter fasst als die exceptio, so versteht man doch unter Einreden in diesem weiteren oder prozessualen Sinn[2] gewöhnlich das Vorschützen neuer Thatsachen, die sich mit den Klagethatsachen vertragen, aber den Rückschluss auf das Petitum beseitigen, sei es, dass sie in der Form von ipso jure wirkenden Verteidigungsgründen, innerhalb derer wir wieder die rechtshindernden und rechtsvernichtenden unterscheiden, vorgebracht werden oder in der Form von wirklichen Exceptionen auftreten. Beim Leugnen dagegen werden die Klagethatsachen in Abrede gestellt bezw. beim motivierten Leugnen, wie das in unserm Fall auch vorkommen kann, Thatsachen vorgebracht, welche sich mit den Klagethatsachen nicht vertragen.[3] Es ist für den Fall der Behaup-

1. So Dernburg a. a. O. p. 861.

2. Dieser Ausdruck stammt von Windscheid.

3. Es ist durchaus richtig und scharf gedacht, wenn Canstein (von Canstein, Lehrb. d. W. R. 1890 S. 406) hier zwischen Widerspruch und Einreden unterscheidet und von jenem sagt: „Dazu gehört vor allem die Bestreitung der Echtheit der Unterschrift des Beklagten, welcher die Bestreitung der Vertretungsbefugnis, wenn die Unterschrift durch einen Vertreter angesetzt war, gleichsteht." Diesen Unterschied kann man theoretisch wohl machen, doch halte ich ihn keineswegs für nötig; Canstein will hier noch genauer sein als die Wechselordnung selbst es ist; denn wir können wohl annehmen, dass diese im Art. 82 mit dem Wort „Einrede" all die gegen den Wechsel vorzubringenden Einwände hat umfassen wollen, und es ist nicht wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber nur die innerhalb der

tung, eine Vollmacht zur Unterzeichnung des Wechsels liege nicht vor, eine ausgeprägte Stellungnahme nicht nötig, wenn wir nur im Auge behalten, dass der Beklagte einen Teil des Klagefundamentes leugnet, und dass dieses Leugnen selbstverständlich in rem geht, sei es nun, dass man mit der grossen Mehrzahl der Wechselrechtslehrer der Ansicht ist, es handle sich um eine Einrede aus dem Wechselrecht[1] oder um einen vom Art. 82 als selbstverständlich erlaubt angesehenen Widerspruch.[2] Selbst die,

wahren Einreden im technischen Sinne vorkommenden Einwände hat zulassen wollen, während er die Möglichkeit einer negativen Litiskontestation entweder überhaupt nicht im Auge hatte, oder aber als selbstverständlich überging. Dies ist kaum anzunehmen.

1. Rehbein, W. O. S. 112: „Zu diesen Einreden . . . . im weiteren Sinne gehört namentlich . . . . die Einrede . . . . der Nicht-Verbindlichkeit der Wechselunterschrift durch einen andern."

2. Ich möchte nicht dahin falsch verstanden werden, als ob ich diesen Unterschied übersähe oder auch nur unterschätzte. Ich gestehe durchaus mit Canstein, mit Wächter (W. R. S. 503 A. 6) zu, dass es vielleicht korrekter wäre, einen Unterschied zwischen Einreden, „eigentlichen Einreden", wie Wächter sagt, und Widersprüchen zu machen. Wenn wir scharf die Frage fassen, so stehen wir vor folgender Alternative: Entweder ist unser Fall im Art. 82 nicht vorgesehen, oder wir können ihn mit diesem als Einrede bezeichnen. Jenes nimmt mit Recht weder Canstein noch Wächter an; dieser sagt z. B.: „Die W. O. erklärt nur solche Einreden als zulässig, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. . . . . Die Einreden der ersteren Art sind gegen das Recht aus dem Wechsel . . . . gerichtet. Bezüglich der Geltendmachung einer hiernach an sich zulässigen Einwendung" — diese Einwendung hatte er eben noch Einrede genannt — „ist der Unterschied zu beachten zwischen Einreden im engeren Sinne und solchen Einwendungen, welche den Klagegrund in Abrede stellen." Wächter teilt also die „zulässigen Einreden" oder „Einreden der ersteren Art" in Einreden und Einwände. Daraus

welche verlangen, dass die Einreden „aus dem Wechselrecht" aus dem Wechsel selbst hervorgehen, geben zu, dass das Bestreiten der Gültigkeit des Accepts hierunter falle.[1] Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus der einfachen Ueberlegung, dass zur Begründung einer Klage eben eine zusammenhängende Reihe von konstitutiven Thatsachen gehört; die Behauptung einer Lücke kann man natürlich jedem Kläger entgegenhalten, denn sie ergiebt sich nicht aus irgendwelcher subjektiv-persönlichen Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem, sondern haftet der Klage objektiv ein für allemal mit dinglicher Wirkung an.

Nachdem wir somit zunächst festgestellt haben, dass die Einrede der mangelnden Vertretungsbefugnis zulässig ist, haben wir als unsere nächste Aufgabe uns darüber klar zu werden, welches denn nun die materielle Wirkung dieser Einrede ist, wobei wir natürlich ihre objektive Richtigkeit voraussetzen.

Die Stellvertretung beruht, wie wir oben gesehen haben, auf der dem Stellvertreter erteilten Vollmacht und vollzieht sich durch das Zusammenwirken des Willens des Prinzipals und des Vertreters. Hieraus können wir unmittelbar einen Schluss ziehen. Wenn es wahr ist, dass die Stellvertretung durch die Vollmacht begründet wird

---

folgt e fortiori unmittelbar, dass, wenn die Einwände eine Unterabteilung der zulässigen Einreden sind, man sie füglich auch als Einreden bezeichnen kann. Ebenso Harburger bei Gruchot 40, 515 ff.

1. So Ladenburg a. a. O. 14. 144. Die oben ausgesprochene Ansicht teilen u. a. Bernstein (W. O. 1897. S. 330): „Fehlt dem Vertreter die . . . . zur Abgabe der Wechselunterschrift nötige Vertretungsbefugnis, so fehlt es an einer, den Vertretenen rechtlich bindenden, Wechselunterschrift; der Einwand zieht gegen jeden" und Grünhut W. R. 1897 II, 133: „Diese letzten Einreden aus dem Wechselrecht sind zweitens . . . . z. B. die Einrede, dass der angebliche Bevollmächtigte keine Vollmacht hatte."

und ihr Rechtseffekt durch das Zusammenwirken von Auftraggeber und Vertreter erzeugt wird, so kann eine gültige Stellvertretung nicht vorliegen, sobald eine gültige Vollmacht fehlt; es würde dann ein Essentiale des Stellvertretungsgeschäftes nicht vorhanden sein, dieses selbst könnte den beabsichtigten Erfolg nicht herbeiführen, und das Accept wäre ungültig. Das entspricht durchaus den civil- und handelsrechtlichen Grundsätzen, welche in diesem Falle den Vertretenen durch den Vertreter nicht obligieren lassen; dieser Satz ist auch in fast allen grösseren Gesetzbüchern codificiert.[1] Auf die Nichthaftung des Prinzipals lässt uns der Art. 55 H. G. B.[2] und der § 177 Abs. 1. B. G. B. schliessen;[3] und endlich können wir dasselbe auch aus dem Art. 95 W. O. herauslesen. Ueberall finden wir das den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen durchaus conforme Resultat, dass beim Mangel der

1. So z. B. codex juris Maximilian. Bavar. civ. T. 4 Cap. 9 § 7. „tertio kann auch jeder Mandatarius von dem 3t., um das, was er als Anwalt mit . . . . . ihm gehandelt, in so weit belangt werden, dass er ihm von seines Prinzipals Vermögen rechtliche Satisfaktion verschafft, ausgenommen . . . . . da er . . . . sich nur fälschlich für einen Anwalt ausgegeben, in der That aber keiner gewesen." W. O. für Galizien vom 22. VII. 1775 Art. 28. B. G. B. für das Königreich Sachsen § 789: „Hat derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen die vorgegebene Eigenschaft als Stellvertreter nicht gehabt, so haftet der Stellvertreter dem anderen, mit dem er den Vertrag geschlossen."

2. „Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handelsbevollmächtigter schliesst, ohne Prokura oder Handelsvollmacht erhalten zu haben, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet."

3. „Schliesst Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit für und gegen den Vertreter von dessen Genehmigung ab." Ratihabiert er nicht, so haftet er also auch nicht.

Vollmacht zum Wechselkripturakt der angeblich Vertretene, in unserm Teil der Acceptant, nicht haftet.[1]

Was aber von dem gänzlichen Mangel der Vollmacht zu sagen ist, gilt ganz ebenso auch dann, wenn zwar der Anschein einer Vollmacht vorhanden, diese selbst aber ungültig ist. In beiden Fällen ist der Effekt derselbe; eine Vollmacht liegt nicht vor, sei es, dass nie der Versuch gemacht worden ist, sie zu kreieren, sei es, dass dieser Versuch fehl schlug, weil ein grundlegender Fehler das Zustandekommen verhinderte. Ein solcher Hinderungsgrund würde aber vor allem vorliegen, wenn eine bezüglich der Form der Vollmacht geltende Vorschrift verletzt ist, wobei hauptsächlich die im A. L. R. erforderte Schriftlichkeit derselben zu beachten wäre. Für das Gebiet des preussischen Rechts liegt also auch dann eine gültige Vollmacht und mithin ein gültiges Accept nicht vor, wenn eine nur mündliche Vollmacht erteilt ist.

Nachdem wir nunmehr festgestellt haben, welches die Folgen des vollständigen Fehlens bezw. der Ungültigkeit der Vollmacht sind, müssen wir uns schliesslich zu der Frage wenden, wer denn in dem Falle, dass jemand aus einem, durch einen Unbeauftragten vollzogenen, Accept in Anspruch genommen wird, den Beweis der Existenz bezw. Nichtexistenz der Vollmacht zu führen, wer die Beweislast zu tragen hat.

Wir haben bereits oben gesehen, dass wir die Behauptung einer Nichtexistenz der Vollmacht als Leugnen des Klagegrundes auffassen müssen. Nun ist es aber ein

1. Vgl. Gruchot Bd. 14 p. 241 und Mommsen, über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen 1879 p. 116. Uebereinstimmend hinsichtlich der Interpretation des Art. 95 W. O. Bernstein a. a. O.: „Unbefugt ist die Stellvertretung auch dann, wenn die Berufung rechtsunwirksam war" z. B. bei gänzlichen Mangel derselben.

bekannter Satz, dass beim Leugnen des Beklagten der Kläger den Beweis zu führen hat. Wenn wir davon ausgehen, dass eine Klage dann begründet ist, wenn die als bewiesen oder zugestanden angesehenen Thatsachen das Petitum decken, und dass zu den Thatsachen, welche die Klage aus dem Accept begründen, notwendigerweise auch die der Gültigkeit des Accepts gehört, so folgt daraus direkt, dass, wenn die Klage begründet sein soll, diese Thatsache, da sie nicht zugestanden ist, bewiesen werden muss. Dieses Resultat stimmt mit den bekannten Regeln über die Verteilung des onus probandi überein,[1] welche man sprichwörtlich so auszudrücken pflegt: probatio ei incumbit, qui dicit, non qui negat; der negans ist aber in unserem Fall der Beklagte. An dieser Stelle wird nun auch der Unterschied wichtig, den wir oben bereits gestreift haben, der Unterschied zwischen negativer Litiscontestation und Einrede im technischen Sinn; würden wir den Einwand des Mangels einer Vollmacht als Einrede im Sinne der Einredetheorie auffassen, so würde sich daraus ergeben, dass wir die Beweislast dem Beklagten aufzubürden hätten, denn: „reus in exceptionibus fit actor“;[2] da es sich aber in unserem Falle um ein Leugnen der causa efficiens handelt, so liegt dem Kläger der Beweis ob; misslingt dieser ihm, so heisst es, um mit der dritten auf diesem Gebiete geltenden Parömie zu schliessen: „actore non probante reus absolvitur“.[3]

1. „Im Streitfall hat der Kläger die rechtsbegründenden Thatsachen zu beweisen.“ Dernburg, Pand. 1, 376.

2. l. 19. pr. D. de probat. 22, 3.

3. Dernburg, Pr. Priv. R. a. a. O. S. 863: „Es ist in der Ordnung, dem Kläger den Beweis aufzuerlegen, wenn der Beklagte behauptet, dass derjenige, welcher den Wechsel als sein angeblich Bevollmächtigter unterschrieb, hierzu keine Vollmacht hatte.“ Ferner Lehmann a. a. O. S. 330 „Leugnet Beklagter, dass die Vertretungsbefugnis vorliegt, ... so liegt dem Kläger der Beweis ob.“ Thöl

An diese Schlussfolgerung knüpfen sich eine ganze Reihe von interessanten prozessualen Fragen. Zunächst einmal die, wodurch denn die Existenz der Vollmacht zu beweisen sei. Die Frage ist dahin zu beantworten, dass im gewöhnlichen Prozess alle Beweismittel, im Wechselprozess dagegen nach dem deutlichen und klaren Wortlaut des § 555 C. P. O.[1] nur Urkunden zulässig sind. Wie wir sahen, ist die Stellung des Beklagten als Acceptanten die erste Voraussetzung der gegen ihn erhobenen Klage, und da die Vollmacht ihn eben erst zum Acceptanten macht, so gehört ihre Behauptung mit zu dem urkundlich zu beweisenden Klage-Fundament.

Dem steht nicht etwa der § 558 Abs. 2. C. P. O. entgegen, in welchem gesagt ist, dass bezüglich der Echtheit der Urkunden Eideszuschiebung zulässig sei.

Allerdings wird mit Recht, auch wenn es sich um einen, durch einen Vertreter acceptierten, Wechsel handelt, der Diffessionseid zunächst ganz allgemein in der bekannten Form: „Es ist nicht wahr, dass ich den Wechsel selbst noch in meinem Auftrage ein anderer unterzeichnet hat"[2] zugeschoben werden; denn ein Wechsel ist ja auch

a. a. O. S. 232: „wenn der Gläubiger den Vollmachtgeber belangt, so muss er das Vorhandensein einer ausreichenden Vollmacht nachweisen"; Wächter, W. R. S. 128, Grünhut a. a. O. p. 325.

1. „Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme . . . . zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozesse geltend gemacht werden, wenn die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden."

2. Ich möchte hier bemerken, dass mir die altbekannte Form des Diffessionseides, wie sie in der Praxis auch heute noch verwendet wird (Vgl. Staub. a. a. O.) mit der Vorschrift des § 410 C. P. O. „Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig" unvereinbar erscheint, Das Wort „Auftrag" enthält einen juristischen Begriff, und wir haben bereits früher gesehen, welche Bedenken über

dann echt, wenn ihn ein gültig Bevollmächtigter unterzeichnet hat. Der Eid ist also dann zulässig, wenn es sich nur darum handelt, festzustellen, ob die Unterschrift überhaupt vom Acceptanten oder einem Bevollmächtigten herrührt. Wenn dagegen die prozessuale Lage sich so gestaltet, dass der Kläger seine Klage auf die Zeichnung eines Dritten kraft Vollmacht gründet oder die Vollmacht dem die Echtheit seiner Unterschrift leugnenden Beklagten gegenüber behauptet, d. h. mit andern Worten, wenn das Klagefundament nicht mehr allein der Wechsel und dessen Unterschrift, sondern die Unterschrift in Verbindung mit der Vollmachterteilung ist, so muss die Existenz der Vollmacht durch Urkunden nachgewiesen werden.[1] Der

die Ausdeutung dieses Begriffs entstehen können; wenn z. B. jemand im Gebiete des allgemeinen Landrechts nur eine mündliche Vollmacht erteilt hätte und dann den Diffessionseid in der oben genannten Form leisten wollte, weil seines Erachtens eine genügende Vollmacht nicht vorlag, so würde er damit ein juristisches Urteil aussprechen, das vorher zum Gegenstand einer längeren Untersuchung gemacht werden musste. Ein Rechtsbegriff und ein Urteil kann aber nur in Ausnahme-Fällen zum Gegenstande eines Eides gemacht werden. (E. d. R. G. 7, 3); davon kann aber hier nicht die Rede sein. Der Eid muss vielmehr, je nach dem zur Anwendung gelangenden Privatrecht, entweder lauten: Ich schwöre, es ist nicht wahr, dass ich schriftliche, oder, dass ich mündliche oder schriftliche Vollmacht erteilt habe; denn wenn Mündlichkeit genügt, so ist Schriftlichkeit sicher hinreichend. Je nachdem der Richter eine dieser beiden Fassungen wählt, erklärt er seine Ansicht; wählt er die erste Form, so zeigt er, dass er Schriftlichkeit für nötig hält; durch die Wahl der zweiten Fassung erklärt er Mündlichkeit für ausreichend.

1. Förster C. P. O. 1888 zu § 555: „In der Begrenzung auf die materielle Entstehung des Anspruchs umfassen aber die des Urkundenbeweises bedürftigen Thatsachen nicht bloss diejenigen, welche die objektive Existenz, sondern auch diejenigen, welche die subjektive Berechtigung des Klägers . . . . . ergeben; ist der Anspruch nicht durch Abmachung der Parteien selbst, sondern durch

Diffessionseid genügt, wenn es sich um die Herkunft der Unterschrift von einem Bevollmächtigten handelt, Urkundenbeweis ist nötig, sobald das Recht dieses Bevollmächtigten angezweifelt wird. Als Beispiele für diesen letzteren, gar nicht so seltenen Fall seien genannt die Wechselklage, welche auf das Prokurenverhältnis des Unterzeichners gestützt wird,[1] der Fall, dass eine Generalvollmacht zwar zugestanden, die spezielle Befugnis zur Wechselzeichnung aber geleugnet wird,[2] oder schliesslich der ganz allgemeine Fall, dass der Beklagte die Unterschrift des Dritten zwar anerkennt, aber die Vollmacht leugnet.[3]

3. Unmittelbar an den Einwand der mangelnden Vollmacht schliesst sich, wie bereits gesagt, der des

Handlungen der Vertreter zur Existenz gekommen, so muss auch die Legitimation der Verfasser aktiv und passiv nachgewiesen werden". Rehbein W. O. S. 170: „Auch die Passiv-Legitimation, wo sie nicht durch den Wechsel gegeben, ist urkundlich zu beweisen, z. B. durch Vollmacht, Prokura, wo der Beklagte aus Wechselschrift durch einen Bevollmächtigten belangt wird."

1. Vgl. E. d. R. G. 13, 370; es genügt für diesen Fall aber auch Vorlegung eines Registerauszuges.

2. Vgl. E. d. R. G. 30, 406.

3. Die hieraus sich ergebenden Folgen sind von weittragendster Bedeutung, und wie Bernstein (a. a. O.), der zufällig auf eine bestimmte Konsequenz des von uns allgemein formulierten Satzes stösst (Vgl. E. d. R. G. 12, 133), mit Recht sagt: „Unerfreulich." Denn wie soll eine Vollmacht urkundlich nachgewiesen werden, wenn sie mündlich erteilt ist, wie das jetzt zumeist im Handelsverkehr und nach dem 1. Jan. 1900 ganz allgemein der Fall sein wird. Es bleibt dann, wenn die Existenz der Vollmacht bestritten wird, nichts Anderes übrig, als in das gewöhnliche Verfahren umzuleiten. Die Folge davon ist, dass dann niemand mehr einen Wechsel nehmen darf, ohne befürchten zu müssen, im Wechselprozesse abgewiesen zu werden, da man niemals wissen kann, ob der Wechsel nicht von einem mündlich Bevollmächtigten herrührt.

Mangels der richtigen Form der Vollmacht, welcher allerdings nur da in Betracht kommen kann, wo eine solche überhaupt erforderlich ist, also vornehmlich für das Gebiet des preussischen Rechts. Die Folge ist dieselbe wie in dem obigen Fall, d. h. Nichthaftung des Acceptanten; entsprechend gestaltet sich auch die Beweislast, welche in diesem Fall für den Wechselprozess dann erleichtert wird, wenn eine schriftliche Vollmacht existiert.

Bezogen sich die bisher besprochenen Einwände auf die Vollmacht selbst, so haben wir nunmehr die Fälle ins Auge zu fassen, in denen zwar eine gültige Vollmacht existiert, dieselbe jedoch von dem Vertreter missbraucht oder überschritten worden ist. Die Fehlerhaftigkeit eines Wechsels kann durch den zum Accept Bevollmächtigten auf eine vierfache Art herbeigeführt werden, entsprechend den in Art. 4 Nr. 2—5 W. O. gegebenen Vorschriften über die Erfordernisse eines gültigen Wechsels, und zwar durch Annahme

1. eines Wechsels über einen anderen Betrag, als in der Vollmacht gesagt war.

2. eines Wechsels mit einem anderen Fälligkeitstage, als der Vollmachtgeber angegeben hatte.

3. eines Wechsels mit einem anderen Remittenten, als dem vom Vollmachtgeber bezeichneten.

4. eines Wechsels von einem anderen Aussteller, als dem vom Vollmachtgeber genannten.[1]

1. Die Vorschrift des Art. 4 No. 7 ist bereits oben bei der Untersuchung der Frage nach der Form des Accepts erörtert worden. Die Regeln des Art. 4 No. 1 und 6 bieten für den Fall, dass ein zum Accept Bevollmächtigter gegen sie verstösst, keine Besonderheiten, und Art. 4 No. 8 kommt für uns ebenfalls nicht weiter in Betracht; die Regeln, welche für den Fall der unbefugten Domizilierung Anwendung finden, sind übrigens wiederholt erörtert worden.

§ 6.

Die Abweichung von der Vollmacht hinsichtlich der Wechselsumme.

1. Die Ueberschreitung der Wechselsumme.

Auch der Einwand der Ueberschreitung der Wechselsumme durch den Bevollmächtigten ist zunächst auf seine Zulässigkeit nach Art. 82. W. O. zu prüfen und darauf zu untersuchen, ob er ebenfalls mit dinglicher Wirkung jedem gutgläubigen Indossatar entgegengehalten werden kann. Der Beklagte sagt, wenn wir einmal den bestimmten Fall annehmen, er habe zum Accept über 1000 bevollmächtigt, der Bevollmächtigte aber einen Wechsel über 1200 acceptiert, und nun die Einrede paraphrasieren: Die Wechselsumme ist falsch angegeben: ich hatte bevollmächtigt, einen Wechsel über 1000 zu acceptieren; der Wechsel, welcher vorliegt, entspricht hinsichtlich der Summenangabe nicht dem, zu dessen Accept ich bevollmächtigt hatte; es ist also der Wechsel falsch acceptiert worden und deshalb das Accept dieses vorgelegten Wechsels nicht durch die von mir erteilte Vollmacht gedeckt; ich erkläre darum das vorliegende Accept für ungültig, indem ich es nicht als das meine anerkenne und mich bereit erkläre, zu schwören, dass ich niemand beauftragt habe, den vorgelegten Klagewechsel zu unterzeichnen.

Hieraus geht hervor, dass dieser Einwand genau denselben Charakter zeigt wie der der mangelnden Vollmacht; auch hier leugnet der Beklagte, wenn auch nicht eine Vollmacht überhaupt, so doch die Vollmacht, den vorliegenden Wechsel zu acceptieren; er leugnet damit die Authentizität seiner Unterschrift und macht einen Einwand geltend, der, wie bereits dargelegt, selbstverständlich gegen Dritte geht, weil er ja an der Grundlage der Klage, dem Accept des Beklagten, rüttelt, und auch hier eine Unvollkommenheit der causa efficiens geltend gemacht wird.

M. E. ist garnicht daran zu zweifeln, dass der Einwand der unvollkommenen Vollmacht dasselbe besagen soll, wie der der überhaupt fehlenden Vollmacht; beide gehen darauf aus, zu zeigen, dass die Handlungsweise des Vertreters im konkreten Fall nicht durch die Vollmacht gedeckt sei, dass sie deshalb gewissermassen in der Luft schwebe und den Prinzipal nicht obligieren könne; beide stützen sich darauf, dass eine unbefugte Handlung[1] des Vertreters vorliegt, und dass durch sie keine Haftung des in beiden Fällen nur angeblich Vertretenen begründet werden kann; beide enthalten eine negative Litiskontestation, nicht etwa enthält die letzte ein teilweises Geständnis;[2] die Einrede ist, ebenso wie die erste, formell

1. Nur unbefugte, nicht etwa dolose Handlung. Mit Recht sagt Laband (Goldschm. Zeitschr. 10. 230 ff.): „Unbefugt ist nicht gleichbedeutend mit widerrechtlich. Man denkt bei der unbefugten Stellvertretung häufig ausschliesslich an eine betrügerische oder pflichtwidrige Handlungsweise. Dies ist unrichtig." So z. B., wenn der Vertreter die Ueberschreitung für nützlich hält.

2. Erk. d. Ob. Tr. zu Stuttgart vom 20. I. 1863: „Wird eine Klage aus einem zwischen dem Kläger und einem Dritten abgeschlossenen Vertrage auf die Behauptung gestützt, dass der letztere bei Schliessung des Vertrages erklärt habe, im Auftrage des Beklagten zu handeln, wird aber von diesem erwidert, dass er nur den Dritten in einer gewissen, bei dem vorliegenden Vertrage nicht eingehaltenen Beschränkung Auftrag erteilt habe, so liegt hierin nicht ein beschränktes Geständnis im Sinne des Landrechts T. I. Tit. 25 § 4, denn zur thatsächlichen Begründung der Klage gehört die Behauptung, dass der Beklagte dem Dritten einen zum Abschluss des fraglichen Vertrages ihn ermächtigenden Auftrag erteilt habe. Indem der letztere nur einen beschränkten Auftrag zugiebt, räumt er zwar ein Stück der Klagebehauptung ein, aber ein solches, welches das Klagfundament nicht erschöpft und durch die beigefügte Modifikation zur Verneinung des Klagegrundes wird; er räumt nur einen Teil der in der Klage behaupteten Vollmacht ein." Seuffert Arch. 19 No. 82. Was hier für den Fall gesagt ist, dass

aus Art. 82 als Einrede aus dem Wechselrecht zulässig. Es wird sich nunmehr darum handeln, festzustellen, ob sie auch materiell zulässig ist, d. h., ob die vom Beklagten excipiendo vorgebrachte Rechtsausführung: „Wird die einem zum Accept bestellten Vertreter erteilte Vollmacht überschritten, so hat der Vertreter kein gültiges und den Prinzipal verbindendes Accept hergestellt" richtig ist, ob sie in der W. O. oder sonst irgendwo ihre Begründung findet.

Die W. O. versagt auch hier vollständig. Wie die Protokolle beweisen[1], ist in der Konferenz nur von der Haftung des Vertreters und vom absoluten Mangel der Befugnis zum Eingehen der Wechselverbindlichkeit, nicht aber von der Verpflichtung des Prinzipals beim Ueberschreiten der Vollmacht die Rede gewesen. Wenn wir

---

der Schuldner von seinem Gegenkontrahenten direkt belangt wird, gilt natürlich auch, wenn der Gläubiger seine Rechte weitergiebt; die Verneinung des Klagegrundes bleibt in rem bestehen.

1. Thöl Prot. der Leipz. W. Konf. 1866 S. 164: „Die Erörterungen über den Art. 86 (jetzt 95.) gaben zu einer Diskussion über die Bedeutung desselben Veranlassung, und es kam zur Frage, ob dadurch das Verhältnis des Mandatars zum Mandanten, sowie das des letzteren zum Wechselgläubiger berührt würde. Die Versammlung war indessen einverstanden darüber, dass hier nur eine Vorschrift für den Fall gegeben sein solle, wenn etwa die Befugnis des Mandatars, die Wechselverbindlichkeit für den Mandanten einzugehen, geleugnet oder in Zweifel gezogen würde, und der Art. 86 nur die Verfügung enthalte, dass in diesem Falle der Mandatar dem Wechselgläubiger so lange haftet, bis er nachgewiesen, dass er durch seine Vollmacht zur Eingehung der Wechselverbindlichkeit befugt gewesen sei, wie dies auch der Art. 559 des Württemb. und der § 4 des Holsteinischen Entwurfs aussprechen." Für die Lösung unserer Frage kann also die Vorschrift gar keine Bedeutung haben, da sie nur ganz allgemein gehalten ist und von speziellen Fällen nichts erwähnt.

auch, sobald eine Haftung des falsus procurator in Art. 95 W. O. statuiert wird, ohne weiteres a contrario auf die Liberierung des angeblich Vertretenen schliessen können, so wird uns doch erst die genaue Betrachtung der hier massgebenden Grundsätze des Handels- und Civilrechts einen Fingerzeig dafür geben, welche entsprechende Anwendung der Artikel 95 hier zu finden hat, in wie weit wir eine Analogie aus ihm entnehmen können. Sollten wir auf diese Weise zu einem bestimmten Resultat gelangt sein, so soll alsdann versucht werden, nachzuweisen, wie man eventuell aus Wortlaut und Sinn des Art. 95 zu einem gleichen Schluss kommen kann. Jedenfalls erscheint mir die Anwendung der subsidiär geltenden Normen des Handels- und Civilrechts mangels ausreichender bestimmter Vorschriften der W. O. unumgänglich.[1]

Bei der Betrachtung der subsidiären Quellen des Wechselrechts sind naturgemäss zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: die, dass es sich um eine bürgerliche Rechtssache handelt, wenn alle Beteiligten Nicht-Kaufleute sind, und die, dass der Streit sich um eine Handelssache dreht. Wird über eine Sache des bürgerlichen Rechts gestritten, so sind dessen Regeln primär massgebend; handelt es sich um eine Handelssache — der wohl bei weitem häufigere und deshalb von uns zuerst zu betrachtende Fall — so greift der Artikel 1. H. G. B. Platz:

1. Ich pflichte daher vollkommen Kletke bei (Encyklop. d. W. R. 1862 S. 1466), wenn er sagt: „. . . . in wieweit die Unterschrift einer nicht ausdrücklich bevollmächtigten Person die wechselmässige Verpflichtung einer andern herbeizuführen vermag . . . . darüber haben die Grundsätze des Handels- und Civilrechts zu entscheiden," und ebenso Hartmann a. a. O. S. 107: „Die Rechtsgültigkeit und Wirkung eines Vollmachtsauftrages in Wechselangelegenheiten werden nach den bürgerlichen Gesetzen beurteilt." Entsprechend Staub, W. O. S. 245, Rehbein a. a. O. S. 23 u. a. m.

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetz keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das bürgerliche Recht zur Anwendung."

Versuchen wir nun zunächst, das in unserem Fall vorliegende Geschäft handelsrechtlich zu charakterisieren und unter die Handelsgeschäfte zu rubrizieren. Nach dem Obengesagten stellt es sich dar als die Vollmacht zu einem Handelsgeschäft, dem Accept (denn wir setzen ja den Fall, dass das Accept von einem Kaufmann herrührt), und fällt demnach unter die Vorschriften des Abschnittes 2 des 4. Buches „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte"; innerhalb dieses Abschnittes ist es der Artikel 298, welcher die Vollmacht und speziell deren Ueberschreitung regelt:

„Bei einer Vollmacht zu Handelsgeschäften kommen in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte namens des Vollmachtgebers das Geschäft schliesst, dieselben Bestimmungen zur Anwendung, welche im Artikel 52 in Beziehung auf die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gegeben sind.

Ingleichen gilt die Bestimmung des Artikel 55 in Beziehung auf denjenigen, welcher ein Handelsgeschäft schliesst, ohne Vollmacht dazu erhalten zu haben, oder welcher beim Abschluss des Handelsgeschäfts seine Vollmacht überschreitet."

Von den beiden allegierten Artikeln bestimmt zunächst Art. 52:

„Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst, wird der letztere dem Dritten gegenüber verpflichtet."

Eine Haftung des Machtgebers tritt also nur dann ein, wenn der Vertreter gemäss seiner Vollmacht handelt. Und

der Art. 55 begründet die Haftung des Vertreters für den Fall der Ueberschreitung der Vollmacht:

„Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter schliesst, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluss eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat."

Aus dem ersten Absatze dieses Artikels in Verbindung mit Artikel 298 könnten wir nun allerdings schliessen, dass, wenn bei Ueberschreiten der Vollmacht der Vertreter haftet, der Prinzipal folgerecht frei ist. Einerseits, um dies klar zu stellen und näher zu begründen, andrerseits, weil der Artikel 55 für die Beantwortung der später zu behandelnden Frage nach dem Umfang der etwaigen Haftung des Mandanten gar nichts bietet, wird es bereits hier nützlich sein, auf die civilrechtlichen Grundlagen einzugehen und die ganz allgemein gehaltene Frage zu beantworten, welche Folgen die Ueberschreitung der Vollmacht seitens des Bevollmächtigten für den Vertretenen in seinem Verhältnis zu dem Dritten, mit dem der Vertreter kontrahierte, hat. Die Frage wird für uns ausser nach Handelsrecht vor allem nach preussischem und deutschem bürgerlichen Recht zu beantworten sein; wo wir jedoch auf allgemeine Fragen stossen, wird es der Lösung nur förderlich sein, wenn wir auch die anderen zur Zeit noch in Deutschland geltenden Privatrechte in den Kreis der Betrachtung mit hineinziehen.

Wir haben bereits gesehen, dass der rechtsgeschäftliche Wille beim Stellvertretungsgeschäft sich zusammensetzt aus

dem Willen des Vertreters und dem Willen des Vertretenen. Zwischen dem, was bei einem Rechtsgeschäft erklärt wird, und was bei dieser Erklärung vom Prinzipal und Prokurator gewollt wird, muss ein juristischer Kausalzusammenhang bestehen.[1] Demnach ist, da der Wille sich aus zwei Teilen zusammensetzt, auch der Zusammenhang zwischen Erklärung des Vertreters und Willen des Vertretenen zu wahren; so weit der Wille des Prinzipals für die Gestaltung des Rechtsgeschäfts vorhanden ist, muss er auch als wesentlich und notwendig für die Beurteilung der Wirksamkeit und Gültigkeit des von dem Vertreter vorgenommenen Geschäfts herangezogen werden. Es kann daher bei der juristischen Normierung der Wirkungen eines einzelnen Rechtsgeschäfts sowohl der Wille des Prinzipals als der des Stellvertreters in Betracht kommen. Die erste Folge davon ist, dass, wenn der Prinzipal gar keinen Willen hat, d. h. mit anderen Worten, wenn gar keine Vollmacht existiert, dem Geschäft die notwendige Voraussetzung der Willensübereinstimmung von Prinzipal und Procurator fehlt. Aber auch dann, wenn die Vollmacht überschritten wird, ist der notwendige rechtliche Kausalzusammenhang zwischen Erklärung des Bevollmächtigten und Willen des Machtgebers nicht hergestellt. Wenn ein Vertreter seinen Auftraggeber für 1200 rechtsverbindlich verpflichten soll, so verlangt das nach unserer Theorie einmal den Willen des Prokurators, seinen Prinzipal für 1200 zu obligieren, ferner aber auch den des Prinzipals, sich durch den Vertreter für 1200 verpflichten zu lassen; erst wenn diese beiden Willensrichtungen zusammentreffen und sich ergänzen, hat die Erklärung des Vertreters einen rechtlichen Erfolg. Wenn aber, wie in unserem Fall, der Wille des Prinzipals auf ein minus gerichtet ist, so vermag die Erklärung des Vertreters ihn nicht zu verpflichten, weil ihr eine der beiden zur Rechtsgültigkeit nötigen Voraus-

1. Mitteis a. a. O. S. 116.

setzungen fehlt. Auch insofern stehen Mangel der Vollmacht und unzureichende Vollmacht auf einer Stufe, als beide nicht geeignet sind, eine hinreichende Grundlage der durch den Stellvertreter abgegebenen Willenserklärung zu geben.[1]

Dieser hier aufgestellte Lehrsatz hat bereits bei den Römern seine Anerkennung gefunden:

„si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit, nullum domino praeiudicium facere potuit.“[2]

Auf genau demselben Standpunkt steht die ältere gemeinrechtliche Litteratur[3] und ältere Kodifikationen. In diesem Sinne bestimmt bereits das Hamburger Stadtrecht:

---

1. Es ist daher entschieden richtig, wenn Mitteis bemerkt: „Was hier für den Fall ausgeführt wurde, dass die Vollmacht gänzlich fehlt, gilt in ganz gleicher Weise auch dann, wenn sie überschritten ist.“ Entsprechend Hellmann a. a. O. S. 149: „Wenn es richtig ist, dass die Handlungen des Stellvertreters für den Vertretenen rechtliche Bedeutung nur deshalb und insoweit haben können, weil und insoweit der Vertreter von dem Vertretenen bevollmächtigt ist, so scheint nicht bezweifelt werden zu dürfen, dass eine Wirkung für den Vertretenen überall da nicht eintritt, wo es, bezw. so weit es an der Bevollmächtigung fehlt, mithin auch, soweit der Bevollmächtigte seine Vollmacht überschritten hat.“

2. 1. 10. C. d. procur. 2, 13. „Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur et si susceptum non impleverit tenetur“; Paulus 1. 5. pr. D. mand. 17, 1.

3. „officium mandatarii in eo consistit ut mandatum semel susceptum diligenter et bona fide impleat eiusque formam praescriptam et fines ad unguem custodiat. Nam si fines excesserit non quod mandatum est, set aliud facere videtur; unde fit quod mandatarius ratione excessus adversus mandantem actionem non habeat, Carpzow, jurispr. for. P. II. const. 20. def. 11; ebenso Wernher, sel. obs. for. Tom. I. Pars III obs. 197: „Mandatarius fines mandati excedens mandantem non obligat“; und fast wörtlich das von uns Gefundene wiedergebend, Muellerus, Addit. ad Struv.

„Ein jeder soll seinem empfangenen Befehle fleissig folgen und denselben nicht überschreiten . . . . und derselbige . . . . welcher die Vollmacht angenommen, aber übertreten hat, kann nicht den Befehl-Geber, sondern der Befehl-Geber diesen, der wider den Befehl gehandelt, besprechen."

Ganz dasselbe sagen eine Reihe anderer Kodifikationen, ferner der später noch genauer zu besprechende § 90 A. L. R. I, 13:

„Soweit der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrages überschreitet, wird der Machtgeber durch seine Handlungen dem Dritten in der Regel nicht verpflichtet."

Für das B. G. B. kommen zwei §§ in Betracht, aus denen sich ergiebt, dass die soeben entwickelten Grundsätze des gegenwärtig noch in Deutschland geltenden Civilrechts auch über den 1. I. 1900 hinaus ihre Geltung behalten. Es ist dies zunächst der § 177, 1:

„Schliesst jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines andern einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab."

Da, wie bereits wiederholt ausgesprochen, gänzliches Fehlen der Vollmacht und Ueberschreiten derselben rechtlich gleichstehen, so folgt, wie an anderer Stelle ausgeführt, aus § 177 a contrario, dass, wenn der Vollmachtgeber die Vollmachtsüberschreitung nicht nachträglich ratihabiere, er auch nicht haftet.[1] Ebenso folgt aus § 179, 1:

syn. jur. civ. Exerc. XXV. th. 9 nota: „In tantum fines mandati sunt servandi ut si excedat procurator non obliget principalem nec illi praeiudicet quia paria sunt non habere mandatum vel non servare formam mandati." Die Beispiele liessen sich leicht vermehren.

1. Planck Komment. zum B. G. B. 1898 I p. 227: „Dem vollständigen Mangel der Vertretungsmacht steht die Ueberschreitung

„Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages weigert."

die Nichthaftung des nicht ratihabierenden Vollmachtsgebers auch für den Fall der Insufficienz der Vertretungsmacht aus der Haftung des falsus procurator, der für den Fall der Vollmachtsüberschreitung ja nicht seine Vertretungsmacht nachweisen kann.[1, 2]

Auch das französische Handelsrecht[3] zeigt gleiche Be-

derselben gleich. Es kommt nur darauf an, dass der Vertrag infolge . . . . der Ueberschreitung für den Vertretenen unwirksam ist."

1. Cosack Lehrb. des deutsch. bürgerl. Rechts 1897 p. 229/230: „Ein Vertrag, den jemand im Namen eines andern schliesst, ohne für diesen andern eine zureichende Vertretungsmacht zu haben — sei es, dass ihm die Vertretungsmacht ganz fehlt, sei es, dass er die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschritten hat — ist keineswegs völlig ungültig . . . . Anfänglich ist weder der Vertretene noch die Gegenpartei gebunden; der Vertretene kann den Vertrag einfach als nicht geschlossen behandeln . . . . Hat der Vertretene seine Genehmigung verweigert . . . . so ist der Vertrag nunmehr als Rechtsgeschäft nichtig. Der Vertretene ist also aus dem Vertrage weder berechtigt noch verpflichtet."

2. Art. 55 H. G. B. ist im neuen H. G. B. weggefallen; ihn ersetzt § 179 B. G. B.

3. Rivière, Du Commis-Voyageur 1863 appendice: Des représentants de commerce p. 241: „Le mandataire, qui excède les limites de son mandat, n'est pas censé agir en vertu de ce mandat: Qui excessit aliud quid fecisse videtur. Il est donc dans la situation de celui qui porte à la connaissance du représenté les offres faites par un tiers, et qui sollicite l'acceptation de ce représenté."

stimmungen und ebenso das englische.[1] Wir sehen überall die Anschauung vertreten, dass ein Abweichen von der dem Vertreter erteilten Vollmacht durch Ueberschreiten der ihm eingeräumten Befugnisse nicht den rechtlichen Erfolg der Haftung des Vertretenen herbeizuführen vermag. Dieser allgemeine Satz findet natürlich auch bei der Vollmacht zum Wechselskripturakte seine Anwendung.[2] Eine Ausnahme tritt nur in einem Falle ein, und zwar hauptsächlich aus Gründen der bona fides und der Rücksichten für die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs dann, wenn der Prinzipal in casu die Vollmacht des Vertreters beschränkt hatte, während dieser sonst eine weitergehende besass und auch nach der Ansicht des Gegenkontrahenten besitzen musste.[3] Davon ist aber in dem von

1. Späing, das französische, belgische und englische Wechselrecht S. 278.

2. Wächter a. a. O. S. 127.

3. Diesen wichtigen Grundsatz sprach z. B. für das Wechselrecht aus das O. A. G. zu Dresden in einem Urteile vom 5. XI. 1863: „. . . . Deshalb aber ist die Ueberschreitung der Vollmacht im 95. Art. nicht auf das Zuwiderhandeln gegen etwaige spezielle Aufträge in Bezug auf den Abschluss der innerhalb der erteilten generellen Vollmacht liegenden Geschäfte zu beziehen, sondern auf die Vornahme von Handlungen, welche ausserhalb der präsumtiven Vollmacht, also solcher Geschäfte oder Rechtshandlungen sich bewegen, welche die Ausübung derartiger wie der übertragenen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.“ Arch. 14, 101. Ebenso entscheidet das R. O. H. G. (E. d. R. O. H. G. 16, 387), dass bei mündlichem Widerruf der schriftlichen Vollmacht dennoch der Prinzipal aus dem Accept verpflichtet sei, weil der mündliche Widerruf nicht genüge, um die Ansicht zu zerstören, der Vertreter sei noch acceptberechtigt. Diese Anschauung, vertreten auch vom A. L. R. § 507 II, 8: „Hat der Eigentümer einer Handlung jemanden, dem er keine Prokura erteilt, gleichwohl für seinen Faktor schriftlich oder mündlich angegeben, so wird er denjenigen verhaftet, welche dadurch verleitet worden, sich mit demselben einzulassen,“

uns fingierten Fall nicht die Rede; denn wir haben darin nichts vorausgesetzt über das Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen oder über die Auffassung, welche der Wechselempfänger hierüber haben konnte. Ja, wir brauchen nicht einmal anzunehmen, dass der Vertreter sich überhaupt als Träger einer Vollmacht ausgegeben hat, sodass uns nichts berechtigt, anzunehmen, dass der Wechselempfänger glauben durfte, der Unterzeichner habe entweder eine unbeschränkte oder wenigstens eine bis zur Höhe von 1200 reichende Acceptsvollmacht. Wir können im Gegenteil event. dahin kommen, anzunehmen, dass — weil wir eben einen ganz allgemeinen Fall setzen — der Wechselempfänger die jedem, der mit einem Stellvertreter kontrahiert, obliegende Erkundigungspflicht vernachlässigt hat.[1] Wenn

wird gebilligt von Laband (a. a. O. S. 223) und von Hellmann (a. a. O. S. 150) für die Stellvertretung im allgemeinen; für das Handelsrecht von Staub, Komment. zum H. G. B. S. 89; Behrend, Handelsrecht 1886 S. 352: „Für Dritte kommt nur der Inhalt der Vollmacht in Betracht. Beschränkungen, die dem Vertreter lediglich im Verhältnis zum Vertretenen auferlegt sind, braucht der Dritte dann selbst nicht zu berücksichtigen, wenn er Kenntnis von ihnen hat." Vgl. das Urteil des R. O. H. G. vom 19. III. 1878 in Seufferts Arch. N. F. 4, 143. Für das Wechselrecht bestätigt diese Auffassung Gelpcke in s. Zeitschr. für H. R. 3. Heft, p. 166 ff., Wächter a. a. O. S. 128, Staub W. O. S. 247, welche alle den Prinzipal bei präsumtiv genereller Vollmacht trotz spezieller Instruktionen haften lassen.

1. Eine höchst interessante Vorschrift über diese Pflicht findet sich bereits im Art. 8 der Brandenburgisch-Onolzbachischen Wechselordnung von 1739: „Wäre es ferner Sache, dass jemand zu einer gewissen Zeit, und an einem gewissen Ort, oder Stelle, wo er nicht selbsten zugegen sein kann, seine Faktors, oder Sachwalter hätte, und diese seine Negotia führten, so hat sich derjenige, so von einem dergleichen Sachwalter sich einen eigenen Wechsel ausstellen lässt, billig um eine Procura oder Credite-Brief, das ist um ein special Mandat, welches auf Gebung und Stellung derer Wechsel

wir auch hierauf kein besonderes Gewicht zu legen brauchen, so können wir doch sicher bei einem möglichst allgemein gehaltenen Fall den Schutz des Satzes, dass der Prinzipal im Umfang einer präsumtiven Vollmacht haftet, nicht als für den Wechselempfänger begründet ansehen, so dass er ihn auch dem Indossatar nicht übertragen kann, dergestalt, dass also der Kläger sich nicht auf seine bezw. seines Giranten bona fides berufen kann.

Wir haben somit festgestellt, dass die Civilrechts-Grundsätze den Acceptanten bei einer Vollmachtsüberschreitung nicht haften lassen; das so gefundene Resultat ergiebt sich, wie bereits angedeutet, auch direkt durch Analogie aus Art. 95 W. O. Aus ihm können wir zunächst a contrario schliessen, dass bei Mangel einer Vollmacht der Prinzipal nicht haftet; nun steht aber, wie gezeigt, die Behauptung der Vollmachtsüberschreitung auf einer Stufe mit der des gänzlichen Mangels der Vollmacht. Also ist der Art. 95 analog auf eine Ueberschreitung der

eingerichtet, zu bekümmern, sonsten er, wenn Principal sich zu dem Wechsel nicht bekennen will, sich lediglich an den Sachwalter, so den Wechel ausgestellet, zu halten hätte, den er aber nichts desto minder nach Wechsel-Recht belangen kann." Für das moderne Recht wiederholt diesen Grundsatz das Ob. Trib. zu Stuttgart: „Ein von dem Mandatar abgeschlossener Vertrag ist für den Mandanten nur dann verbindlich, wenn der erstere innerhalb der Grenze seines Auftrages sich gehalten hat; hieran wird dadurch nichts geändert, wenn der Umstand, dass der Mandatar sich dem Dritten, mit welchem er den Vertrag abgeschlossen, im allgemeinen als zum Abschluss eines Vertrages der fraglichen Art ermächtigt vorgestellt hat, ohne von der Einschränkung seines Mandats etwas zu erwähnen. Wenn der Dritte, ohne sonstige Kenntnisse von einer dem Mandatar erteilten Vollmacht, lediglich dessen Versicherung, dass er von dem Mandanten zum Abschluss des Vertrages ermächtigt sei, vertraut hat, so konnte er dies nur auf seine Gefahr thun." Württemb. Arch. für Recht 8, 122.

Vollmacht mangels ausdrücklicher Bestimmung anzuwenden;[1] für das H. G. B. hat die Verweisung auf Art. 55 im Artikel 298 diese Lücke ausgefüllt, indem dadurch auch das Ueberschreiten der Vollmacht in dem hier ausgesprochenen Sinne geregelt ist.

Wir haben somit gesehen, dass aus allgemeinen Gründen und der Theorie der Stellvertretung heraus der Prinzipal bei Ueberschreitung der Vollmacht nicht in Anspruch genommen werden kann, und dass diese Grundregel auch für das Wechselrecht ihre Anwendung findet. Denn weder in der Natur des Wechsels noch in den allgemeinen, durch die bona fides des Verkehrs beeinflussten Prinzipien des Wechselrechts ist ein Grund zu finden, welcher eine Anwendung dieser Sätze für unseren Fall ausschliessen könnte.[2]

---

1. Vgl. Kletke, Encykl. a. a. O. p. 464: „Der Art. 95 handelt nur von dem Falle, wo der angeblich Bevollmächtigte ohne Vollmacht eine Wechselerklärung abgegeben hat, denkt aber des Falles nicht, wo der als Bevollmächtigte sich Gerierende allerdings ein Mandat, aber ein nicht ausreichendes besitzt und durch Unterzeichnung der Wechselerklärung eine Ueberschreitung begeht. Wahrscheinlich hat man dieses nicht für nötig gehalten, da die Ueberschreitung einer Vollmacht in einem gewissen Punkte ganz den Charakter trägt, als habe gar keine Vollmacht existiert; für die Fälle der Ueberschreitung erscheint daher die Bestimmung des Art. 95 ebenfalls völlig massgebend."

2. Man kann z. B. hier nicht zum Vergleich den bekannten Fall der missbräuchlichen Ausfüllung eines Blanco-Accepts heranziehen, welcher mit dem unseren eine entfernte Aehnlichkeit hat; hier hatte das R. G. (E. d. R. G. 2, 97 ff.) ein Gewohnheitsrecht angenommen und mit Bezug auf die bona fides und den Geist der Wechselordnung eine Haftung des Acceptanten ausgesprochen. Aber er hatte zugleich zugeben müssen, dass die Grundlage seiner Entscheidung die objektive Echtheit der Unterschrift des Acceptanten war, und daran müssen wir festhalten. In jenem Fall war die Unter-

Nachdem wir somit den ersten Teil unserer Frage nach der Bedeutung der Einrede der Vollmachtsüberschreitung hinsichtlich der Wechselsumme erledigt haben, wenden wir uns nunmehr zu dem zweiten der Untersuchung, wie weit nämlich die Klage trotz der Einrede noch begründet ist, bezw. ob der Anspruch des Klägers damit ganz in sich zusammenfällt; wir werden festzustellen haben, ob überhaupt noch Ansprüche gegen den Acceptanten geltend gemacht werden können, resp. in welcher Höhe.

Der Art. 95 W. O. enthält natürlich hierüber nichts; wenn wir auf den Art. 298 H. G. B. und demgemäss den Artikel 55 eod. rekurrieren, so finden wir auch hier keine mit ausreichender Deutlichkeit gegebene Antwort;[1] einen Weg weist uns erst für das preussische Recht der bereits citierte[2] § 90 A. L. R. I, 13. Der massgebende Ausdruck ist das Wort „Soweit“, und gerade dessen Bedeutung ist in der Litteratur zum Gegenstande schwerwiegender Zweifel gemacht worden. Man war sich nämlich nicht einig darüber, ob das Wort so viel sagen sollte als „insofern . . . . .“, wodurch also das ganze Geschäft für ungültig erklärt würde, oder wie „in der Höhe, in

schrift echt, und es lag nur, wie Dernburg (Pr. Priv. R. a. a. O.) es mit Recht ausdrückt, ein „Vertrauensmissbrauch“ vor; in unserem Fall dagegen ist, wie ich nachzuweisen versucht habe, das Accept selbst für die bestimmte Höhe durch das Vorhandensein einer ausreichenden Vollmacht bedingt und vermag ohne die Existenz einer solchen nicht ins Leben zu treten; während das Reichsgericht sich mit den Wirkungen eines gültigen Accepts zu beschäftigen hatte, mussten wir feststellen, dass in unserem Falle mangels des Konsenses zwischen Prinzipal-Wille und Vertreter-Erklärung ein Accept in der Höhe der angegebenen Summe nicht zu Stande gekommen ist.

1. Wie das auch von den Kommentatoren des H. G. B. durchaus anerkannt wird; vgl. Makower H. G. B. S. 74.

2. S. 59.

welcher . . . . ,", wobei ein Teil aufrecht erhalten würde. Dass nur das letzte nach allgemeinen Grundsätzen als auch den Regeln des römischen und gemeinen Rechtes als richtige Interpretation anzusehen ist, soll im Folgenden gezeigt werden.

Erstens ist sprachlich der Ausdruck „insoweit" in der grossen Mehrzahl seiner Anwendungsfälle kein Konditionalwort mit dem Sinne „wenn" oder „insofern", sondern regelmässig ein Quantitätsbegriff gleich „in der Höhe", „in der Ausdehnung," „in dem Umfang."

Solange kein zwingender Grund vorliegt, werden wir den cit. Artikel immer nur so zu verstehen haben, dass der falsus procurator durch seine Handlung den Machtgeber in der Höhe nicht verpflichte, in welcher er die Vollmacht nicht überschreitet. Dieses Resultat der grammatischen Interpretation wird durch das der logischen unterstützt. Wie erinnerlich, sahen wir das Stellvertretungsgeschäft als aus zwei Willenselementen bestehend an, von denen das eine in unserem Fall schwächer war, als das andere, so dass das erklärte Geschäft nicht zu stande kam. Nun ist aber zugleich eine selbstverständliche Folgerung, dass, soweit beide Willen mit der einen Erklärung übereinstimmen, ein rechtlicher Erfolg eintritt, weil dann der, zwischen dem Willen des Vertretenen und der Erklärung des Vertreters nötige rechtliche Kausalzusammenhang hergestellt ist. Oder um diesen theoretischen Schluss auf unsern konkreten Fall anzuwenden, wobei wir einmal annehmen wollen, dass es sich um einen gewöhnlichen Schuldschein, keinen Wechsel handeln soll: Der Acceptant wollte sich für 1000 verpflichten, aber auch der Vertreter seinen Vollmachtgeber für 1000 verpflichten; denn der Wille, jemand für 1200 zu obligieren, involviert auch die Absicht, ihn für 1000 haftbar zu machen; und entsprechend ist es mit der Erklärung des Vertreters; indem er durch die Unterschrift des Namens unter dem

über 1200 lautenden Schuldschein ausspricht, dass der Namensträger 1200 bezahlen wolle, erklärt er zugleich auch, dass er sich zur Zahlung von 1000 bereit erkläre. So sehen wir, dass, sobald es sich um die Verpflichtung des Acceptanten für 1000 handelt, alle Requisite eines gültigen Stellvertretungsgeschäfts vorhanden sind: Der Wille des Vertretenen, sich verpflichten zu lassen, der Wille des Vertreters, ihn zu verpflichten, und die mit diesem Willen übereinstimmende Erklärung des Bevollmächtigten.[1]

Die eben besprochene Frage bildete bereits einen der Schulstreitpunkte zwischen Sabinianern und Prokuleanern, worin jene die unserer entgegengesetzte Auffassung vertraten;[2] Justinian dagegen trat unserer Ansicht bei, indem er § 8 I. mand. 3,26 sagt:

„is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres vel ut pro Titio sponderes necque pluris emere debes necque in ampliorem pecuniam

---

1. Wenn wir ein Bild anwenden wollen, so liesse sich die rechtliche Lage folgendermassen darstellen: Das normale Stellvertretungsgeschäft ruht auf der Grundlage zweier konzentrischer, gleich grosser Kreise, welche die beiden Willen darstellen; in unserem Falle nun ist der eine Kreis, der Wille des Vertreters, grösser als der andere; also wird ein Rechtserfolg nicht in seiner Grösse herbeigeführt; insoweit aber die Kreise sich decken, ist auch die Grundlage für ein gültiges Geschäft gegeben, und da sie sich in der Grösse des kleineren Kreises, Wille des Vertretenen, decken, so ist das Geschäft in diesem Umfange gültig; in Höhe von 1000 ist der nötige Consensus vorhanden, und deshalb der Auftraggeber in dieser Höhe zur Zahlung verpflichtet. Der Vertreter handelte, wie das R. O. H. G. mit Recht sagt (E. d. R. O. H. G. 4, 219), nicht contra, sondern praeter mandatum, d. h. der Rechtseffekt liegt nur teilweise ausserhalb des Mandats. Vgl. Dernburg, Pr. R. S. 522 A. 15.

2. Gains III, § 161.

fidejubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum: diversae scholae auctores recte te usque ad centum aureos acturum existimant",

und mit ihm können wir erklären: quae sententia sane benignior est.[1]

An diesem Grundsatz müssen wir auch für das gemeine Recht und den citierten § 90 festhalten. Soweit die Vollmacht reicht, ist der Machtgeber zur Erfüllung verpflichtet.[2] Dieser Interpretion des § 90 A. L. R. I, 13 steht auch nicht etwa der § 1 A. L. R. I, 5 im Wege:

„Wechselseitige Einwilligungen zur Erwerbung oder Veräusserung eines Rechts wird Vertrag genannt",

denn es liegt ja, wie gezeigt, consensus in der Höhe der Vollmacht vor.[3]

---

1. Als ersten Vertreter dieser Ansicht dürfen wir wohl den Proculus bezeichnen. Gaius libro secundo rer. cotidian. l. 4 D. mand. 17, 1.

2. Natürlich ist ganz irrelevant, ob der Vertreter die Differenz trägt oder nicht; die Hauptsache ist, dass der Vertretene in Höhe der Vollmacht haftet. Am klarsten ist diese Auffassung ausgesprochen in den Motiven zum bayrischen Entwurf eines B. G. B. z. T. 2 Art. 700 S. 211, 212: „Die Zurückführung der Auftragsüberschreitung auf die Grenzen des Mandats kann auf verschiedene Weise bewirkt werden. Der Mandatar kann z. B. aus eigenen Mitteln das an dem auftragsgemässen Veräusserungspreise Fehlende beilegen oder das Mehr des überschrittenen Preises wie auch andere lästige Nebenbedingungen auf sich nehmen. Aber auch ohne dieses Eintreten des Mandatars gegenüber dem Dritten kann dieser selbst das Geschäft gegen den Auftraggeber trotz der Ueberschreitung des Auftrages von Seiten des Mandatars geltend machen, wenn er seine Ansprüche lediglich innerhalb der vom Mandanten vorgezeichneten Grenzen verfolgt."

3. Dieselbe Auffassung über die Interpretation des § 90 findet sich z. B. bei Dernburg, Pr. Priv. R. II, 522 Anm. 15. Rehbein,

Wenn wir das bis jetzt Gefundene auf den Art. 55 H. G. B. anwenden wollen und zu dessen näherer Betrachtung übergehen, so haben wir zunächst die interessante Thatsache festzustellen, dass dieser Artikel im Entwurf nach der zweiten Lesung eine dem § 90 A. L. R. 1, 13 weit ähnlichere Fassung hatte, als jetzt, indem er lautete:

„Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter schliesst, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher beim Abschluss eines Geschäftes seine Vollmacht überschreitet, ist insoweit dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann

E. d. Ob. Trib. II, 611: „Soweit der Machtgeber nur innerhalb der Grenzen des Auftrages durch dessen Ausführung verpflichtet und berechtigt wird, berührt ihn die Ueberschreitung der Grenzen der Vollmacht nicht. Sofern die Natur eine Teilung des Vertrages zulässt, und der Dritte gleich wie der Bevollmächtigte mit einer solchen einverstanden sind, kann der Machtgeber aus der Ueberschreitung der Vollmacht keinen Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit des von seinem Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrages hernehmen," Koch, Komment. z. A. L. R. 1886 zu § 90. Auch die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe gehen denselben Weg; Erk. d. R. O. H. G. vom 19. III. 1878. Seuffert, Arch. N. F. 4, 143: „Während im . . . . Falle, wenn also der Umfang der Vollmacht lediglich auf der nach gewöhnlichen Interpretationsregeln zu beurteilenden Willenserklärungen der Partei beruht, der Vollmachtgeber nur soweit, als seine dem Vertreter erteilte Vollmacht faktisch reicht, dem Dritten verantwortlich ist." E. d. Ob. Trib. 76, 294 ff. Die gleichen Regeln wie im gemeinen und im preussischen Landrecht gelten übrigens auch für das rheinisch-französische Recht. „Ein vom Bevollmächtigten abgeschlossener Vertrag verpflichtet den Machtgeber in dem Umfange, in welchem er mit der erteilten Vollmacht übereinstimmt." Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts 5. Auflage § 415. Das Geschäft erscheint nirgends in seiner Totalität, sondern nur bezgl. der Vollmachtsüberschreitung dem Machtgeber gegenüber pro non facto.

nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen."

Auch hier findet sich das leicht missverständliche Wort „insoweit", worauf s. Z. die Kritiker des zweiten Entwurfs hingewiesen haben.[1] Ihrer Anregung ist es vornehmlich zuzuschreiben, dass der Art. 55 in die jetzige Fassung gebracht wurde, indem sie zeigten, dass durch die alte Formulierung ipso jure die nicht zustande gekommene Obligation in zwei Teile zerlegt würde, und der Vertreter unmittelbar von dem Gegenkontrahenten auf die Differenz belangt werden könnte; während einmal die Möglichkeit vorlag, dass der Vertreter sich von dem Dritten auf Erfüllung oder das Interesse verklagen liess, wenn er das Plus nicht bezahlen wollte, andererseits aber auch die, dass der Dritte

1. Schliemann, krit. Bemerk. z. Entw. eines allg. H. G. B. 1858 S. 25 ff. So sagt z. B. Schliemann a. a. O. in einem Falle, wo der Mandatar den Kaufpreis von 200 Thlr. um 50 Thlr. überschritt: „Der Mandatar kann verlangen, dass der Mandant bis zum Preise von 200 Thlr. den Kauf gelten lasse; der Mandant ist . . . . verbunden . . . . die 200 Thlr. gegen Uebergabe des verkauften Objekts an den Dritten zu zahlen." Ganz gleiches gilt für das französische Handelsrecht: „Le préposant ne serait lié, ni vis-à-vis du commis-voyageur ni vis-à-vis de l'acheteur, par la vente, que le commis aurait consentie à un prix inférieur. Néanmoins ce dernier devrait être admis, pour éviter l'action en garantie que l'acheteur pourrait exercer contre lui à offrir à son patron la différence existant entre le prix de la vente et celui, qui était fixé par le mandat. Dès que cette offre serait faite, soit par le commis, soit par l'acheteur (!), le patron ne pourrait pas se refuser à faire la délivrance de la marchandise." Rivière a. a. O. p. 53; also fast wörtlich H. G. B. Art. 364.

von der Erfüllung des Vertrages ganz abstehen wollte; es sollte also die Aenderung nur das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem noch klarer legen; auch die Kritiker des Entwurfs halten daran fest, dass der Mandant in jedem Falle angehalten werden könne, den Vertrag soweit zu erfüllen, wie er der Vollmacht entsprach.

Diesen Grundsatz müssen wir auch für das B. G. B. annehmen, denn aus dem ersten Satz des § 164 B. G. B. folgt m. E., dass nicht nur ein in seiner Totalität auf einer Vollmacht beruhendes Geschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, sondern auch der durch den Inhalt der Vollmacht gedeckte Teil eines Geschäfts, da der Vertreter bezüglich dieses Teils des von ihm vorgenommenen Geschäftes eine Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgiebt; für den überschiessenden Teil des Geschäfts würden dann die Regeln der §§ 177 und 179 in Anwendung zu kommen haben.[1]

Wenn wir nun versuchen, diese Regeln in das Wechselrecht zu übertragen, so stossen wir auf eine erhebliche Schwierigkeit, welche in dieser Frage eine grosse Rolle spielt. Wenn es sich nämlich um die Aufrechterhaltung eines aliquoten Teils einer Obligation handelt, so ist jedesmal in casu zu untersuchen, ob die Natur der Leistung eine Teilung in eine gültige und eine ungültige Hälfte zulässt;[2] sodass also, um das bekannte Quellenbeispiel zu

1. In diesem Sinne dürften dann auch die Kommentatoren des B. G. B. zu verstehen sein, wenn sie, wie die S. 59 und 60 Anmerkung 1 angeführten Beispiele beweisen, das gänzliche Fehlen der Vollmacht mit dem Ueberschreiten derselben bezüglich des für den Vertretenen durch den Stellvertreter herbeigeführten rechtlichen Effekts gleichstellen. Dieses Resultat entspricht nur der Billigkeit und ist um so eher als dem Sinne des § 179 entsprechend anzusehen, als dieser ja auch in Zukunft für das Handelsrecht gilt.

2. Mit Recht betonen Dernburg und Koch (a. a. O.), nur dann könne kein Einwand aus der Ueberschreitung hergenommen werden,

gebrauchen, der Vertreter, welcher vier Pferde für eine Quadriga kaufen sollte, nicht etwa eine teilweise Genehmigung verlangen kann, wenn er nur ein Pferd zum entsprechend niedrigeren Preise einhandelte. Es ist hierbei sowohl auf den Willen als auch vor allem auf die juristische Natur des fraglichen Geschäftes zu sehen; der Satz „tot stipulationes, quot res“ hat dann keine Geltung, wenn die Summe der Teile der Obligation zwar rechnerisch, aber nicht thatsächlich den Wert der ganzen Obligation repräsentiert, diese sich juristisch als ein anderes darstellt als jene.[1] Es hat sich nunmehr für uns die Frage dahin zugespitzt: Kann man aus einem an und für sich ungültigen Accept über 1200 doch 1000 wechselmässig verlangen, gestützt auf den civilrechtlichen Satz, dass der Machtgeber bis zur Höhe der Vollmacht haftet.

Die Frage ist aus dem innersten Wesen des Wechsels heraus zu beantworten und m. E. zu verneinen. Und zwar gebietet diese Entscheidung der Art. 4 No. 2 W. O., welcher sagt:

„Die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels sind: . . . . die Angabe der zu zahlenden Geldsumme.“

Der Gesetzgeber ging also davon aus, die Natur des Wechsels verlange, dass aus dem Papier die Höhe der Wechselschuld deutlich hervorgehe; der Schuldner hafte

---

wenn die Natur des Vertrages eine Teilung zulässt; man könne nicht davon sprechen, wenn es sich um eine species handele.

1. Ebenso Endemann, Handbuch des H. R. 1881 I, 309: „Es kommt darauf an, ob der anscheinend eine Vertrag sich seinem Objekt nach in mehrere zerlegen lässt, und also in Wahrheit mehrere Geschäfte vorliegen. Man streitet, ob ein gültiger und ein ungültiger Bestandteil zu trennen sei, wozu die Möglichkeit einer Teilung da sein muss.“ Dieselbe Ansicht über die Notwendigkeit einer Untersuchung bezgl. der juristischen Teilbarkeit des in Frage stehenden Geschäftes äussert das R. O. H. G. a. a. O. 4, 219.

nur für den im Wechsel angegebenen Betrag. Er machte zur Voraussetzung der Gültigkeit des Wechsels die Angabe der Summe, d. h. der richtigen Summe; hätte er nämlich eine falsche Summe anzugeben gestattet, so wäre die ganze Vorschrift überflüssig; denn der Fall der Angabe einer falschen Summe steht mit dem der fehlenden insofern auf einer Stufe, als beide Eventualitäten ein — beim Wechsel gerade zu vermeidendes — Zurückgehen auf das zu Grunde liegende Geschäft verlangen, aus dem dann entweder die richtige Summe oder die Summe überhaupt abzuleiten wäre. Es unterliegt m. E. gar keinem Zweifel, dass der Gesetzgeber mit den Worten: „Die zu zahlende Geldsumme“ meinte: die richtige Summe, und nicht eine beliebige. Durch die Niederschrift der Summe erhält der Wechsel in einer wichtigen Beziehung seine individuelle Bestimmtheit. Jeder Wechsel ist ein ganz bestimmtes Wesen, dessen Bestandteile der Art. 4 vorschreibt. Ist einer dieser Bestandteile ungültig oder nicht vorhanden, so fällt damit der ganze Wechsel in sich zusammen, und zwar dem gegenüber, welcher sich auf die Ungültigkeit berufen kann. Es ist keineswegs ein Wechsel über 1200 zugleich ein solcher über 1000, wenn 200 aus irgend einem civilrechtlichen Grunde hinwegfallen, denn zu einem Wechsel über 1000 gehört die dieser Höhe entsprechende Summenangabe. Die Angabe „1200“ ist ein wesentlicher Bestandteil unseres Wechsels, und fällt sie hinweg, ist sie ungültig, so ist damit dem Wechsel eine seiner acht notwendigen Existenzbedingungen entzogen, und er fällt in totum in sich zusammen, er hört auf, lebensfähig zu sein. Der Wechsel über 1200 ist ein in sich geschlossener Rechtsträger, dessen Vorhandensein bedingt ist dadurch, dass die Summe von 1200 darauf steht. Und ebenso liegt ein Wechsel über 1000 nur dann vor, wenn auf dem Wechsel die Zahl 1000 steht, denn durch sie erhielte der Wechsel sein individuelles Gepräge, durch sie würde er eben ein Tausend-Mark-Wechsel. In

unserem Fall ist der Wechsel und somit das Accept über 1200 dem Acceptanten als solchem gegenüber ungültig, weil die Summenangabe infolge Vollmachtsüberschreitung unrichtig und daher für den Acceptanten unverbindlich ist; ein solcher über 1000 ist aber nach Artikel 4 No 2 nicht zustande gekommen, weil es an der nötigen Angabe der zu zahlenden Summe von 1000 fehlt.[1, 2, 3]

1. Das Obengesagte gilt selbstverständlich nur für den Fall, dass der Acceptant aus dem Accept verklagt wird; denn nur hinsichtlich seiner Stellung als solcher liegt eine Vollmachtsüberschreitung vor; eine Einrede aus dieser könnte z. B. beim Remboursregress selbstverständlich niemals vorgebracht werden, aber auch nicht, wenn etwa der Acceptant den Wechsel indossierte und alsdann aus dem Indossament in Anspruch genommen würde.

2. Neben diesem theoretischen Grunde, der sich aus der W. O. ergiebt, möchte ich noch auf einen rein praktischen Gesichtspunkt verweisen. Es wäre nämlich denkbar, dass z. B. der Vertreter zur Bezahlung für einen Gegenstand im Werte von 2000, den er im Namen seines Auftraggebers kauft, vollmachtswidrig über 1200 acceptierte. Hier könnte der Kläger, wenn der Acceptant entsprechend den obigen Ausführungen den Gegenstand für 1000 verlangte, und bezgl. der Differenz von 200 den Kläger auf seinen Vertreter verwiese, sich auf § 51 A. L. R. 1, 13: „Hat der Bevollmächtigte, der Abweichung ungeachtet, das Geschäft selbst zum Nutzen des Machtgebers ausgerichtet, und dieser will sich den Vorteil daraus zueignen, so muss er auch die Abweichungen genehmigen" berufen. Da aber nun auch der gerade entgegengesetzte Fall, schliesslich aber auch der des ausdrücklichen Limitums: „Acceptiere 1000 und keinen Pfennig mehr" möglich ist, so ist auch insofern die oben dargelegte Auffassung, abgesehen davon, dass sie durch die W. O. erfordert ist, vorzuziehen, als alle diese Erörterungen und im Wechselprozess kaum zu führenden Nachweise einfach eliminiert werden.

3. Die Litteratur bietet über die oben erörterte Frage so gut wie gar nichts, und es finden sich nur vereinzelte Andeutungen insofern, als einzelne Autoren sagen, dass das Ueberschreiten der Vollmacht dem Mangel der Vollmacht gleichsteht. Ob das nun

2. Acceptiert der Vertreter einen Wechsel über eine niedrigere Summe,[1] so sind die oben entwickelten Grund-

aber so aufgefasst werden soll, wie wir es gethan haben, oder so, wie wir es für das übrige Civilrecht als richtig festgestellt haben, bleibt dahingestellt. Abweichender Meinung sind Goldschmidt System S. 272, der allerdings auch den missverständlichen Ausdruck „soweit', gebraucht, und Rehbein Komment. S. 150, welcher uns die Begründung seiner Ansicht schuldig bleibt. Das R. O. H. G. dagegen hat sich einmal in einem Urteil, welches allerdings einen andern Fall betraf, über die Natur des Wechsels ähnlich geäussert, wie es oben geschehen ist: „Ein Wechsel erhält Existenz und individuelle Bestimmtheit durch die ihm eingeschriebene Summe; ein Wechsel über 30000 Mark ist deshalb ein anderer als ein Wechsel über 3000 Mark. Zwar ist materiell die kleinere Summe in der grösseren enthalten, dergestalt, dass wer sich auf 30000 verpflichtet hat, dadurch auch auf 3000 verpflichtet ist, und wer 30000 zu fordern hat, auch nur 3000 verlangen mag. Erfordert aber die individuelle Bestimmtheit einer formalen Obligation den Ausdruck einer bestimmten Summe, so ist die auf 30000 gestellte Obligation nicht zugleich eine auf 3000 gestellte; denn die Zahl und der Begriff 30000 sind andere als Zahl und Begriff 3000." Schliesslich ist noch, was auch gerade auf unsern Fall passt, ausdrücklich gesagt, dass die Entstehung eines dem Art. 4 No. 2 und Art. 7 entsprechenden Wechsels bedingt sei durch die Innehaltung dieser dem Art. 4 entsprechenden Vorschrift.

1. Es könnte hier das Bedenken aufsteigen, ob nicht das Accept eines Wechsels über eine geringere Summe, als der Vollmachtgeber aufgetragen hattte, als ein Teilaccept im Sinne des Art. 22 W. O. angesehen werden müsse. Dem gegenüber ist zu bemerken, dass beide Fälle sich gewöhnlich schon äusserlich unterscheiden werden. Auf einem, mit einem Teilaccept versehenen Wechsel müssen Wechsel- und Acceptsumme auch äusserlich differieren, denn es heisst im Art. 22 Abs. 1 ausdrücklich, der Bezogene könne die Annahme auf einen Teil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken; in dem Fall dagegen, den wir als einen allgemeinen fingieren, acceptiert der Bevollmächtigte einen über eine zu geringe Wechselsumme lautenden Wechsel in Höhe dieser Summe, sodass

sätze entsprechend anzuwenden; denn in der Handlungsweise des Vertreters kann faktisch sehr wohl ein „Ueberschreiten" seiner Vollmacht liegen, wie sich das in dem nächsten Fall besonders deutlich zeigen wird.

§ 7.
Die Abweichung von der Vollmacht hinsichtlich des Fälligkeitstages.

Wir setzen den Fall, dass ein zum Accept eines am 1. IV. fälligen Wechsels Bevollmächtigter einen solchen, der am 1. VII. fällig ist, acceptiert.

---

in diesem Falle nach dem Wortlaut des cit . . Art. von einem Teilaccept füglich keine Rede sein kann. Es bliebe also nur noch die Beantwortung der Frage übrig, ob aus einem vollmachtswidrigen, richtigen Teilaccept, von dem der uns gesetzte allgemeine Fall nicht handelt, der Vollmachtsgeber hafte, oder aber ob er auch in diesem Fall die Einrede der nicht obligierenden Vollmachtsabweichung mit Erfolg vorbringen könne; ich glaube auch diese Frage im letzteren Sinne entscheiden zu müssen, falls das Teilaccept thatsächlich vollmachtswidrig war, denn es greifen hier m. E. die oben entwickelten Grundsätze in ihrem ganzen Umfange Platz; auch hier muss es heissen diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt. Mit feinem juristischen Verständnis gebraucht Paulus den Pluralis fines, das heisst, Grenzen nach oben und nach unten. Und wenn auch in der weit grössten Mehrzahl der Fälle ein Teilaccept thatsächlich nicht vollmachtswidrig sein wird, so kann es doch immerhin Fälle geben — ich verweise auf die Beispiele S. 79 ff. — in denen diese Möglichkeit sich realisiert. Einen Ausweg weist auch hier die Verteilung des onus probandi; Sache des Klägers ist es natürlich, die Existenz einer, das Teilaccept deckenden Vollmacht des Vertreters zu beweisen; dem Beklagten muss es aber frei stehen, sich darauf zu berufen, dass in causu die gegebene umfassendere Vollmacht nicht zugleich die Ermächtigung zu einem Teilaccept enthielt.

Auch die Einrede, dass der Klagewechsel einen falschen Fälligkeitstag enthalte, muss zuerst auf ihre formelle Zulässigkeit aus Art. 82 W. O. geprüft werden. Hier ist nun genau dasselbe zu sagen wie im vorigen Fall. Der Beklagte erklärt auch hier, dass er seine Unterschrift nicht als gültig anerkenne; denn er habe Vollmacht gegeben, einen Wechsel zum 1. IV. zu acceptieren; dem Richter liege aber ein am 1. VII. fälliger Wechsel vor, den der Vertreter unter Ueberschreitung seiner in der Vollmacht ihm gesteckten Befugnisse mit seines Prinzipals Namen unterzeichnet habe. Er kann auch bereit sein, seine Unterschrift zu diffitieren, denn er kann schwören, es sei nicht wahr, dass er Vollmacht gegeben habe, den eingeklagten Wechsel in seinem Namen zu acceptieren. Das Aufstellen dieses Einwandes charakterisiert sich daher ebenfalls, wie das der andern, als negative Litiskontestation. Insofern ist also auch diese Einrede, wie die vorigen, als materiell begründet anzusehen, da auch hier durch das Ueberschreiten der Vollmacht das vom Vertreter vollzogene Rechtsgeschäft aufhört, auf der für jedes Stellvertretungsgeschäft notwendigen Basis zu ruhen, der Konformität zwischen dem Willen des Prinzipals und des Vertreters mit der Erklärung des Vertreters, und damit seine Rechtsverbindlichkeit dem Vertretenen gegenüber verliert.

Aber auch die anderen, für die Ueberschreitung der Vollmacht durch den Stellvertreter, massgebenden Grundsätze behalten naturgemäss auch hier ihre Wirkung. Auch hier müssen wir sagen, dass überhaupt kein Accept zu stande gekommen ist; das zum 1. VII. nicht, weil diese Datierung vollmachtswidrig war, das zum 1. IV. nicht, weil davon nichts auf dem Wechsel steht. (Art. 4, 4 W. O.) Auch der Umstand, dass der Wechsel an einem späteren Termine fällig ist, als der Acceptant bestimmt hat, eine Thatsache, welche bei oberflächlicher Betrachtung für

ihn nur günstig erscheint, vermag an diesem Resultat, wie bereits in § 7 Nr. 2 angedeutet, nichts zu ändern. Das wird um so deutlicher, wenn wir uns einmal die einfache Frage vorlegen, wie weit denn nun eigentlich der Vertreter seine Vollmacht überschritten hat. Denn was oben als ganz natürlich betrachtet wurde, dass eine Summe von 1200 sich ohne weiteres in 1000 + 200 zerlegen liess, trifft hier, wo es sich um den Fälligkeitstag handelt, gar nicht zu. Wir hatten festgestellt, dass der Machtgeber nach Civilrecht „soweit“ haftet. Dieser Ausdruck war, das hatten wir ebenfalls gesehen, als Quantitätswort anzusehen. Nun bietet ein solcher Quantitätsausdruck absolut keine Schwierigkeiten, sobald wir ihn auf eine Summe anwenden wollen, denn diese ist rechnerisch ohne weiteres teilbar. Ganz anders aber verhält es sich, wenn die Aufgabe darin besteht, in Zahlen auszudrücken, welche Differenz zwischen dem gewollten rechtlichen Erfolg: Fälligkeitstag am 1. IV. und dem vom Vertreter erklärten Erfolg: Fälligkeitstag am 1. VII. besteht; denn, dass wir sie in Zahlen und zwar in einer Münzsorte ausdrücken müssen, ist klar; der Wechsel verspricht eine Summe; haftet also jemand in einer bestimmten Höhe aus dem Wechsel, so heisst das nichts Anderes, als dass er für die, dieser Höhe entsprechende, Geldsumme haftet. Die Differenz zwischen 1200 und 1000 ist einfach 200; beim Fälligkeitstermin ist es unmöglich, dafür einen so einfachen Ausdruck zu finden. Eine präzise Antwort auf die Frage: Wie weit hat der Bevollmächtigte seine Vollmacht überschritten, wenn er statt zum 1. IV. zum 1. VII. acceptierte, ist in dieser Allgemeinheit gar nicht zu erteilen, sondern quaestio facti und in casu festzustellen; das beweisen sofort einige Beispiele, die zugleich zeigen sollen, dass auch eine Nach-Datierung und das Ansetzen eines späteren, als des vom Acceptanten gewollten Termins eine Verschlechterung der Lage des Acceptanten zur Folge haben, und sich damit

faktisch als Vollmachts-„über“-schreitung darstellen kann. An dieser Stelle erledigt sich dann auch zugleich das im § 7 Nr. 2 ausgesprochne Bedenken, ob nämlich das Acceptieren einer kleineren Summe, als der Vertretene gewollt hatte, eine Vollmachtsüberschreitung sei, indem wir in dem folgenden Beispiel anstatt der Nach-Datierung stets nur das Einfügen einer zu geringen Summe zu setzen brauchen.

Es sind nämlich folgende Möglichkeiten denkbar: A. leiht dem B. 1000 Mark, worüber B. einen am 1. IV. fälligen Wechsel als Schuldschein acceptieren soll. C., von B. zum Accept bevollmächtigt, acceptiert einen am 1. IV. fälligen Wechsel, der am 2. VII. eingeklagt wird; hier erleidet B. keinen Schaden, sondern hat noch den Zinsgenuss vom 1. IV. an. Oder aber: A. verspricht dem B. ihm 10000 unter der Bedingung zu schenken, dass B. einen von ihm, dem A. ausgestellten, am 1. IV. fälligen Wechsel acceptiere. C., von B. zum Accept dieses Wechsels beauftragt, acceptiert einen von A. ausgestellten am 1. VII. fälligen Wechsel; A. schenkt die 10000 dem B. nicht, sodass dessen Schaden 10000 beträgt. Oder aber schliesslich: A. verspricht dem B. ihn zu „unterstützen“, wenn B. einen, von ihm, dem A. ausgestellten, am 1. IV. fälligen Wechsel acceptiere; C., von B. zum Accept dieses Wechsels bevollmächtigt, acceptiert einen von A. ausgestellten, am 1. VII. fälligen Wechsel; A. unterstützt den B. nunmehr nicht, sodass dieser einen, in Geld jedoch nicht genau auszudrückenden Nachteil erleidet. Diese Beispiele zeigen deutlich, dass wir auch mit der Hilfskonstruktion des Interesses dann nicht zu einem befriedigenden Resultat kommen, wenn es sich um einen nicht genau fixierbaren Vermögenswert handelt. Denn dazu wird man doch wohl nicht kommen wollen, etwa auf Grund des § 259 C. P. O. dem freien, richterlichen Er-

messen die Festsetzung des aus dem Klagewechsel zu zahlenden Betrages zu überlassen.

Aber doch ist es gerade die prozessuale Lage, welche uns auf diesem Wege zum richtigen Resultat führt. Der Beklagte wendet ein: „Mein Vertreter hat durch Ansetzen eines falschen Fälligkeitstages seine Vollmacht überschritten." Der Kläger repliziert: Dann haftest Du „soweit". Die Höhe dieses „soweit" nachzuweisen, ist seine Sache, denn sie gehört mit zur Begründung seiner Behauptung, dass ihm die betreffende Summe, welche er für dem „soweit" entsprechend erklärt, zukommt. Von einer unzweifelhaften Haftung „soweit" kann aber bei Zeitbestimmungen nur in den ganz bestimmten Fällen die Rede sein, wo die Zuhilfenahme der Hilfskonstruktion des Interesses ein sicheres Resultat ergiebt; und selbst, wenn es sich nur um eine Summenüberschreitung handelt, kann es vorkommen, dass die Ungültigkeit des Wechsels für den Acceptanten einen grösseren, eventuell nicht genau abzuschätzenden Nachteil mit sich bringt, als er in der Differenz zwischen der gewollten und der genannten Summe, mag diese nun grösser oder kleiner sein als jene, liegt. Es mag vorkommen, dass ein Gläubiger beweisen kann, der Schuldner hatte gar kein oder ein ganz bestimmtes Interesse daran, dass der Wechsel am 1. IV. fällig war oder über 1000 lautete. Da wir aber eine ganz allgemeine Frage behandeln und von der Höhe eines solchen Interesses nichts wissen, so bleibt für uns lediglich der Gesichtspunkt der, den Machtgeber nicht obligierenden, Vollmachtsüberschreitung bestehen. Da wir gar nicht wissen können, welchen Schaden der Acceptant erleidet, und was ihm an der Innehaltung des von ihm gewollten Wechselbetrages oder Fälligkeitstages lag, so steht das vom Vertreter vollzogene Geschäft für ihn eventuell auf einer ganz anderen Stufe, als das, wozu er Vollmacht erteilt hatte; und wie der Prinzipal nicht haftet, wenn er

den Prokurator bevollmächtigte, den Hengst Hector zu kaufen, und dieser die Stute Bellona nach Hause bringt, oder statt des fundus Sempronianus den fundus Cornelianus kauft, so haftet auch in unseren beiden Fällen der Vertretene nicht. Da man niemals wissen kann, was der Acceptant wollte, als er eine präzise und beschränkte Vollmacht erteilte, so müssen wir vom Vertreter sagen: aliud fecisse videtur, quod nullum domino praeiudicium facere possit.

Wir kommen also somit für die nach Art. 4 No 2 und 4 möglichen Vollmachtsüberschreitungen wiederum zu dem Resultat:

1. Ein von dem Vertreter acceptierter Wechsel über eine andere Summe, als die Vollmacht lautete, bindet den Acceptanten als solchen nicht, weil ihm gegenüber:

a. das vorhandene Accept wegen Vollmachtsüberschreitung ungültig, b. das von ihm gewollte Accept mangels richtiger Summenangabe — Art. 4 No. 2 W. O. — nicht zu stande gekommen ist.

2. Ein von dem Vertreter acceptierter Wechsel mit einem anderen Fälligkeitstage, als in der Vollmacht genannt war, bindet den Acceptanten als solchen nicht, weil ihm gegenüber:

a. das vorhandene Accept wegen Vollmachtsüberschreitung ungültig, b. das von ihm gewollte Accept mangels richtiger Angabe des Fälligkeitstages — Art. 4 No. 4 W. O. nicht zu stande gekommen ist.

§ 8.

Die Abweichung von der Vollmacht hinsichtlich des Remittenten.

Die beiden folgenden Fälle gestalten sich noch etwas komplizierter, führen aber, wie die beiden ersten, zu einem

unter einander analogen Resultat. Wenn nämlich der Bevollmächtigte einen Wechsel acceptiert, der einen andern Remittenten anführt, als der ist, an den der Auftraggeber nach dem Inhalt der Vollmacht zu zahlen bereit ist, wenn, um wiederum ein Beispiel anzuführen, der X. seinen Stellvertreter beauftragt hat, einen Wechsel zu unterzeichnen, der A. als Remittenten aufführt, der Bevollmächtigte aber einen solchen, in welchem B. als Remittent genannt ist, acceptiert, so gestalten sich die rechtlichen Folgen ganz und gar verschieden, je nach dem A. oder B. bezw. die von ihnen ihr Recht herleitenden Indossanten einen Anspruch aus dem Wechsel gegen den Acceptanten geltend machen.

Wenn B. oder dessen Rechtsnachfolger Ansprüche erheben, so kann der Acceptant mit Recht einwenden, dass er zur Annahme eines Wechsels, welcher B. als Remittenten benennt, überhaupt niemals Vollmacht gegeben habe, so dass demnach B. aus dem Wechsel selbst weder Rechte herleiten, noch solche übertragen kann. Die formale und materielle Zulässigkeit dieser Einrede folgt unmittelbar aus dem Obigen; eine partielle Haftung kann hier gar nicht in Frage kommen.

Anders steht es, wenn A. aus diesem Wechsel Rechte geltend machen will. In diesem Fall liegen wiederum zwei verschiedene Möglichkeiten vor, nämlich die, dass A. den fälschlich an die Ordre von B. gestellten Wechsel entweder mit „A.“ oder mit „B.“ indossiert.

Im ersteren Fall wird der Acceptant mit Recht sich darauf berufen, dass im Wechsel B. als Remittent benannt ist, sodass es einmal an der genügenden Aktivlegitimation des Klägers mangelt;[1] ich möchte sogar so weit gehen, zu behaupten, dass in diesem Falle das in Art. 4 No. 3 für

1. Vgl. Bernstein § 3 No. 2 zu Art. 4. Volkmar und Löwy W. O. 1862 S. 30. Rehbein W. O. S. 19.

den Wechsel aufgestellte Erfordernis, die Bezeichnung des Remittenten, nicht erfüllt ist.[1] Ebenso steht es mit den Ansprüchen sämtlicher Indossanten dem Acceptanten gegenüber; denn der Art. 36 W. O. sagt:

„Der Inhaber eines indossierten Wechsels wird durch eine zusammenhängende bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Das erste Indossament muss demnach mit dem Namen des Remittenten . . . . unterzeichnet sein,"

da aber in diesem Fall der Name des Remittenten — B — mit dem ersten Indossament — A — nicht übereinstimmt, so sind die Indossatare dem Acceptanten gegenüber nicht durch eine fortlaufende Kette von Indossamenten legitimiert.

Ganz anders steht es, wenn A., der richtige Remittent, den fälschlich an die Ordre von B. gestellten Wechsel nun auch fälschlich mit dem Namen „B." indossiert. Er selbst kann auch in diesem Fall keine Ansprüche gegen den Acceptanten geltend machen, da es ihm an der nötigen Legitimation mangelt und ihm auch nicht etwa der Beweis der Idendität zwischen seiner und der im Wechsel als Remittent genannten Persönlichkeit offen steht, da ja eben beim Wechsel der Nachweis der Aktivlegitimation nur durch das Papier selbst geführt werden kann. Wenn dagegen ein Indossatar aus dem Accept klagt, so kann der Acceptant diesem gegenübr aus der thatsächlichen, äusserlich aber nicht erkennbaren, Nicht-Identität zwischen

1. So das Ob. Trib. in Volkmar und Löwy a. a. O.: „Denn wird dieser Beweis auch vollständig geführt (sc. der Identität zwischen Kläger und Remittenten), so wird dadurch der Mangel eines essentiellen Bestandteiles des Wechsels nicht behoben, da in diesem nicht der Name des Wechselgläubigers, sondern ein anderer Name enthalten ist. Es liegt hiernach ein formell gültiger Wechsel nicht vor." Volkmar und Löwy kommen auf einem anderen, m. E. unrichtigen, Wege zum gleichen Resultat.

Remittenten und erstem Indossanten keine Einrede entnehmen. Die Vorschrift des Art. 36 ist eine rein formale und aus der rechtlichen Natur des Wechsels folgt, dass stets nur die formale Legitimation des Klägers, wie sie aus dem Papier hervorgeht, nicht aber die rechtliche Gültigkeit der Eigentumsübertragungsakte d. h. der Indossamente in Zweifel gezogen werden kann.[1] Der Wechsel, welcher an die Ordre von B. lautet und mit „B.“ indossiert ist, zeigt die Form einer zusammenhängenden Girokette, ist also dem Acceptanten gegenüber gültig; die Einrede der Vollmachtsüberschreitung fällt ja hier weg, da thatsächlich A. indossiert hat, und die Einrede, dass der Name des fälschlich genannten Remittenten mit dem des wirklichen Remittenten und ersten Indossanten in Wahrheit nicht übereinstimme, und dass deshalb der wirkliche Remittent kein Recht zu indossieren gehabt habe, ist unzulässig, weil damit in einer beim Wechsel unerlaubten Weise auf die den Indossamenten zu Grunde liegenden Begebungsakte zurückgegangen würde, und auch die Frage nach dem zu Grunde liegenden materiellen Rechte des A. erörtert werden müsste. Daraus, dass der wirkliche Remittent und erste Indossant mit dem genannten Remittenten und ersten Indossanten nicht übereinstimmt, kann auch nicht etwa die Behauptung eines wesentlichen Mangels des Wechsels aus Art. 4 No. 3 W. O. hergeleitet werden. Es genügt für die Indossatare, wenn überhaupt ein Remittent genannt ist, es ist aber nicht nötig, dass dies auch der richtige sei; denn sie berufen sich eben nicht, wie der klagende Remittent, auf die Uebereinstimmung zwischen Kläger und Remittenten, sondern nur auf die äusserliche Richtigkeit der Girokette.[2]

---

1. Hartmann a. a. O. S. 284.

2. Thöl a. a. O. S. 475: „Die Form ist es, welche legitimiert, sie genügt. Mithin ist unstatthaft die Einrede des dem Indossanten

§ 9.

Die Abweichung von der Vollmacht hinsichtlich des Ausstellers.

Ganz entsprechend wie im vorigen Fall steht es, wenn der vom Acceptanten Bevollmächtigte einen Wechsel unterzeichnet, den statt A. der B. ausgestellt hat, nur dass hier die Ansprüche der Rechtsnachfolger wegfallen. Klagte B. aus dem Accept,[1] so kann ihm mit Recht entgegengehalten werden, dass es dem Vertreter an einer Vollmacht zur Unterzeichnung des Klagewechsels gefehlt habe; klagt A., so steht ihm der begründete Einwand entgegen, dass seine Legitimation aus dem Klagewechsel nicht hervorgehe, und dass der Wechsel, wenn auch nicht

(also auch dem Remittenten als erstem Indossanten d. Verf.) mangelnden Rechtes zu indossieren. Die Prüfung der Legitimation, soweit der Uebergang der Rechte aus dem Wechsel durch Indossamente in Frage steht, geschieht lediglich auf Grund der Prüfung der Verhältnisse, wie sie das Papier aufweist, nicht überdies auf Grund anderweitiger Verhältnisse. Eine zusammenhängende, ununterbrochene Reihe von Indossamenten ist durch das Papier ausgewiesen, wenn das erste Indossament mit dem Namen des Remittenten unterzeichnet ist . . . ." E d. R. O. H. G. 16, 366: „Die Prüfung der Legitimation, soweit der Uebergang der Rechte aus dem Wechsel durch Indossamente in Frage steht, geschieht lediglich auf Grund des sich äusserlich darstellenden Inhalts des Wechsels, nicht auf Grund anderer Verhältnisse." Vgl. E. d. R. O. H. G. 15, 332, wo der Remittent und erste Blanco-Indossant als Inhaber klagte: „Remittent ist nach Inhalt des Wechsels S. Sudheim, S. Sudheim ist auch Blanco-Indossant. Der Name des Remittenten stimmt mit dem Namen des Indossanten genau überein, ... dies genügt." Weiterhin wird das Bedenken des Apellations-Richters, dass das Indossament, selbst wenn es vom Kläger herrühre, wegen mangelnden Nachweises seiner Legitimation unwirksam sei, als mit dem Sinn des Art. 36 W. O. unvereinbar erklärt.

1. W. O. Art. 23, Abs. 2.

absolut, so doch relativ bezüglich des Verhältnisses zwischen Acceptanten und Aussteller ungültig sei.

Mit den behandelten vier Fällen dürften die Hauptfälle der Vollmachtsüberschreitung bei der Vollmacht zum Wechselaccept erschöpft sein; sie werden zur Genüge dargethan haben, welche Wirkungen ein vollmachtswidriges Handeln hier hat. Und wenn sich auch im Verlauf der Untersuchung gezeigt hat, unter welchen verhältnismässig leichten und einfachen Bedingungen ein gültiges Accept durch einen Bevollmächtigten zu stande kommen kann, so ist doch andererseits auch stets zu betonen, dass bei dem streng formalen Charakter des Wechsels ein auch noch so geringes Abweichen von der Vollmacht, welches für das übrige Civilrecht keineswegs die Grundlagen des ganzen vom Vertreter vollzogenen Geschäftes zu erschüttern vermag, für das Gebiet des Wechselrechts von einschneidendster Bedeutung sein und das Zustandekommen eines gültigen Wechselvertrages überhaupt im Entstehen verhindern kann, wiederum ein Beispiel für die streng einheitliche, organische Natur des Wechsels.[1]

1. Nicht nur die deutsche Wechselordnung, sondern auch die älteren deutschen, wie die modernen ausländischen Wechselrechts-Kodifikationen versagen uns eine präzise Antwort auf die hier berührten Fragen; allein die englische Wechselordnung hat den, nach den obigen Ausführungen aus der Natur des Wechsels konsequenterweise zu folgernden Satz kodifiziert: „A signature by procuration operates as notice that the agent has but a limited authority to sign, and the principal is only bound by such signature if the agent in so signing was acting within the actual limits of his authority,“ woraus unmittelbar a contrario folgt, dass, wenn der Bevollmächtigte handelt out of the limits of his authority, der Auftraggeber folgerecht gar nicht gebunden ist.

Nachweis der benutzten Litteratur.

Archiv für bürgerliches Recht, herausg. von Kohler, Ring und Oertmann.

Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht, herausg. von Siebenhaar 1851 ff; citiert als „Archiv."

Behrend, Lehrbuch des deutschen Handelsrechts 1886.

Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts, herausg. von Gruchot 1856 ff; citiert als „Gruchot."

Bernstein, Allgemeine deutsche und oesterreichische Wechselordnung 1897.

Borchardt, Sammlung der geltenden Wechselgesetze 1874.

Brauer, Allgemeine deutsche Wechselordnung erläutert 1851.

Buchka, Stellvertretung 1852.

von Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts 1890.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1898.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts 2 Bd. 1889.

Dernburg, Pandekten 3 Bd. 1894.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels- und Seerechts 4 T. 1882.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 1871 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen 1879 ff..

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 1879 ff.

Förster, Kommentar zur deutschen Civilprozessordung 1888.

Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 2 Bd. 1881.

Gierke, deutsches Privatrecht 1895.

Goldschmid, System des Wechselrechts.
Goldschmids Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Grünhut, Wechselrecht 2 Bd. 1897.
Hartmann, Deutsches Wechselrecht 1869.
Heineccius, elementa iuris cambialis 1742.
Hellmann, Stellvertretung bei Rechtsgeschäften 1842.
Hoffmann, Ausführliche Erläuterung der allgemeinen deutsch. Wechselordnung 1859.
Kletke, Encyklopädie des Wechselrechts 1862.
Koch, Kommentar zum allgemeinen Landrecht 1886.
von Komierowski, Zu Artikel 82 der deutschen Wechselordnung Inaug. Diss. 1870.
Kuntze, Wechselrecht 1820.
Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts 1886.
Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts.
Litthauer, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch 1872.
Makower, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 1893.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung 1885.
Mommsen, Ueber die Haftung des Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen.
Motive zum ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs 1888.
Motive zum bayrischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
Phoonsen, Les loix et les Coutumes du Change 1715.
Planck, Commentar zum B. G. B. allg. Teil 1897.
Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz, Leipziger Ausgabe 1847.
Püttman, Die Grundsätze des Wechselrechts.
Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung erläutert 1895.
Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals 1887.
Rivière, Du Commis-Voyageur 1863.

Schliemann, Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines deutschen allgemeinen Handelsgesetzbuches 1858.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Späing, Das französische, belgische und englische Wechselrecht 1880.
Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 1898.
Staub, Kommentar zur allgemeinen Wechselordnung 1896.
Thöl, Handelsrecht 2 Bd. 1847.
Thöl, Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz 1866.
Volkmar und Löwy, Kommentar zur Wechselordnung 1862.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten 3 Bd. 1891.
Wächter, Das Wechselrecht des deutschen Reiches 1883.
Wächter, Encyklopädie des Wechselrechts 1880.

Druck von E. Ebering, Berlin NW., Mittelstrasse 29.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft VI.

Der Betrug im Civilrecht (Gemeines Civilrecht und B. G. B.) Von Dr. Marie Raschke.



Berlin 1900.

Der Betrug im Civilrecht

(Gemeines Civilrecht und B. G. B.)

Von

Dr. Marie Raschke.



Berlin 1900.
Verlag von E. Ebering.

Meinen hochverehrten Freundinnen

Frau Clara Windelband
geb. Mencke

und

Frau Ottilie v. Hansemann
geb. v. Kusserow

in herzlicher Liebe und Dankbarkeit

zugeeignet.

I. Abteilung.

§ 1.

Einleitung.

Wir sprechen von Betrug im Privatrecht und im Strafrecht. Aber der privat- und strafrechtliche Begriff des Betruges decken sich nicht.

Aehnlich verhielt es sich schon bei den Römern.

Im römischen Strafrecht bildet bis zur Zeit Hadrians der Dolus nicht wie im Privatrecht ein eigenes Delikt, sondern nur ein Thatbestandsmoment fast aller einzelnen Delikte. Erst in nachhadrianischer Zeit[1] ensteht als neuer Verbrechensbegriff der Stellionatus,[2] „welcher, als crimen extraordinarium[3] neben die civilrechtliche actio doli tretend, die Grundlage für den heutigen Begriff des Betruges bildet."[4]

---

1. Pernice: „Labeo" II (2. Aufl. Halle 1895) S. 207 A. 3 meint, man kann heutzutage nicht mehr daran zweifeln, dass der stellionatus späteren Ursprungs ist als der dolus. „Die nachhadrianische Entstehung erweist l. 21 D. de l. Corn. de fals. 48, 10 im Vergleiche mit l. 3 D. stell. 47, 20. Hadrian ahndet den mehrfachen Verkauf derselben Sache offenbar nicht sehr passend mit falsum, während er nach Ulpian unzweifelhaft unter den Stellionat fiele" etc. Siehe ferner l. 36 pr. D. de pign. act. 13, 7.

2. Th. Mommsen: „Römisches Stafrecht" (Leipzig 1899) S. 668 u. 680.

3. l. 1 D. stell. 47, 20.

4. Lisst: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (5. Aufl. Berlin 1892) § 140 S. 485.

Wie die actio doli im Civilrecht bei einem begangenen Dolus vom Prätor nur gegeben wird „si alia astio non sit,“ so tritt die stellionatus persecutio bei dolus im Strafrecht nur ein „si aliud crimen non sit, quod objici possit.“ Dies ersehen wir aus l. 1 § 3 D. stellionatus 47, 20:

„Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam[5] dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit:[6] nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aeque stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet.“

Hiernach wird die stellionatus persecutio der civilrechtlichen actio doli entsprechend bezeichnet und der stellionatus dasjenige arglistig verübte Verbrechen genannt, für das keine besondere Benennung vorhanden ist. Wächter[7] nennt den Stellionat ein Aushilfsverbrechen „teils in Hin-

---

5. Durch die formlose Hypothek war der Rechtszustand ein unsicherer geworden. Niemand konnte beim Erwerb einer Hypothek mit Sicherheit wissen, ob die verpfändete Sache nicht durch vorhergehende Hypotheken entwertet war. Den sich an diesen Rechtszustand knüpfenden Betrügereien sollte die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betrugs — Stellionat — steuern. Siehe Dernburg: „Pandekten“ I (5. Aufl. Berlin 1896) § 264 S. 659.

6. Vergl. l. 1, 2, 4 C. de crim. stell. 9, 34; l 1 § 2, l. 36 D. de pign. act. 13, 7.

7. Wächter: „Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts“ (Stuttgart 1825) 2. Teil § 178 S. 209.

sicht auf Fälschung und Betrug, indem er alle Fälschungen umfasst, welche nicht zu den falsis und quasi-falsis gehören, teils in Hinsicht auf andere dolose Handlungen, namentlich Treulosigkeit."

Als Unterart des falsum[8] setzt der Stellionat eine absichtliche Heibeiführung einer Rechtsverletzung voraus durch Entstellung der Wahrheit vonseiten des Thäters,[9] durch welche eine irrtümliche Vorstellung in dem zu Betrügenden entweder erregt oder unterhalten wird. Vollendet wird diese Art des crimen stellionatus meistenteils durch die Mitwirkung des Hintergangenen, durch ein sein Vermögen schädigendes Thun.[10]

Nach l. 1 § 3 D. cit. ist aber der stellionatus nicht blos ein Aushilfeverbrechen für falsum und quasi falsum, sondern er greift namentlich ein, wenn arglistig ein Vermögensschade ohne Täuschung des Geschädigten durch arglistige Handlungen und Machinationen herbeigeführt wird.[11] Hier ist der stellionatus, ohne Mitwirkung des Ge-

---

8. Martin: „Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts" (Heidelberg 1829) S. 470.

9. l. 16 § 1 D. de pign. act. 13, 7; l. 9 § 1 D. de statuliber 40, 7; l. 2 u. 4 C. de crim. stell. 9, 34.

10. Stellionat ist demnach jeder Vermögensbetrug, der nicht unter das falsum oder quasi-falsum fällt. Lisst a. a. O. S. 485 sagt: „Das spätere römische Recht hat den Begriff (stellionatus) nur wenig entwickelt; sicher ist nur, dass eingetretene Vermögensbeschädigung und eine gewisse calliditas des Thäters gefordert werden müssen, dass das Verbrechen mithin — im Unterschied von den Fällen des falsum — gegen den Rechtskreis des einzelnen gerichtet ist." — Am häufigsten wird diese Art des Stellionat bei Verleitung zu einer Kontraktseingehung vorkommen. Siehe Martin a. a. O. S. 471 A. 10 und Klien im Neuen Archiv d. Criminalrechts B. I (Halle 1816) S. 127 ff. Es scheiden aber aus dolose Ratschläge u. Empfehlungen. Siehe unten § 10.

11. Wächter a. a. O. S. 208. Vergl. unten §§ 8 u. 9.

schädigten, vollendet mit der Begehung der schädigenden Handlung vonseiten des Machinators.[12] Wird die machinatio noch durch Eid bestärkt, so tritt nach l. 4 D. stellionatus 47,20 die Strafe der Verbannung ein.[13]

Die in l. 3 cit. angegebenen Arten des Stellionat enthalten kein Prinzip, nach dem man die unter den Stellionat fallenden Fälle begrenzen könnte. Es ist deshalb schwierig, sie von denen zu trennen, welche dem Geschädigten nur die civilrechtliche Verfolgung mittelst der Geschäftsklage oder der actio doli geben.

---

12. Diese Doppelnatur hat auch der civilrechtliche dolus, wie aus der nachfolgenden Darstellung zu ersehen ist.

13. Die Strafe beim Stellionat ist nach l. 3 § 2 u. l. 4 D. stell. 47, 20 arbiträr. Als Maximum ist für Plebejer Bergwerksarbeit, für Patrizier Verbannung auf Zeit oder Ausschliessen aus ihrem Stande festgesetzt. — Ob in allen Fällen des stellionatus Infamie eintrete, ist eine sehr bestrittene Frage. In l. 13 § 8 D. de his qui not. 3, 2 sagt Ulpian: „crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est judicium," dagegen in l. 2 D. stell. 47, 20: (Ulpian) „stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coërcitionem extraordinariam habet." Rein: „Criminalrecht der Römer" (Leipzig 1848) S. 337 erklärt den scheinbaren Widerspruch mit l. 13 cit. dahin, dass „famosum" hier so viel als publicum heisse. (famosum genannt, weil die publica crimina an sich schon immer infamierten.) Wächter dagegen a. a. O. S. 255 meint: „Die von den meisten angenommene und von den berühmtesten Civilisten (namentlich von Cujacius, Donellus u. Noodt) aufgestellte Vereinigung dieser Stellen geht dahin: der Stellionat infamiere nicht immer, sondern blos dann, wenn er einen Fall betreffe, in welchem auch eine infamierende actio z. B. doli, depositi u. dergl. angestellt werden könnte. Diese Ansicht dürfte auch das meiste für sich haben, indem dann das fr. 2 cit. eben sagt: Der Stellionat sei an sich kein judic. famosum; wobei man aber das „irrogat" der ersten Stelle mit Noodt (de forma emendandi doli mali cap. 12 med.) durch irrogare potest erklären müsste."

Bei listiger Täuschung eines Mitkontrahenten, bei Wortbruch etc. lässt sich mit ziemlicher Sicherheit angeben, wann der dolus civilrechtlich haftbar machte. Bei Wortbruch galt z. B. im allgemeinen die Geschäftsklage oder die actio doli für hinreichend,[14] ausser wenn Meineid dazu kam.[15] In manchen Fällen aber, in denen zwar ex contractu, aber nicht mit der actio doli geklagt werden konnte, wurde die persecutio stellionatus gegeben.[16] Wieder in anderen Fällen waren actio doli und accusatio stellionatus nebeneinander gestellt.[17] Wurde die Stellionatsklage zuerst angestrengt, dann war die actio doli auf Schadensersatz ausgeschlossen; war aber zuerst mit der actio doli auf Schadensersatz geklagt, so konnte die persecutio stellionatus noch nachfolgen; diese ging dann aber nur auf Bestrafung des Thäters.[18]

Hieraus, wie aus der nachfolgenden Untersuchung des civilrechtlichen Betrugs geht hervor, dass sich eine feste Grenze für den römischen strafrechtlichen Betrug nicht aufstellen lässt. Auch im späteren gemeinen Recht „war man sich nicht klar über die Auffassung und Umgrenzung des Verbrechens. Bald verlangte man Eintritt der Vermögensbeschädigung zur Vollendung, bald begnügte man

14. l. 7 § 8 D. de dolo malo 4, 3; l. 5 § 3 D. de praescriptis verbis 19, 5.

15. l. 4 D. stellionatus 47, 20. Th. Mommsen a. a. O. S. 681 A. 2.

16. l. 16 § 1, l. 1 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

17. Vergl. Th. Mommsen a. a. O. S. 656 A. 3 a. E. — Der gemeine Prozess und viele Partikularrechte gestatten eine Adhäsionsklage, d. h. eine Entschädigungsklage, die mit dem Strafprozess verbunden wird und auf diese Weise in den Formen des Strafprozesses sich entwickelt.

18. Rein a. a. O. S. 335 fg. — Bei der stellionatus persecutio konnte nur der Verletzte, nicht jeder aus dem Volke die Anklage erheben.

sich mit der geschehenen Täuschung."[19] Erst das R. Str. G. B. hat den strafrechtlichen Betrug begrenzt und ihn zu einem Vermögensverbrechen ausgebildet.

Um den Begriff des civilrechtlichen dolus zu bestimmen, soll in der nachfolgenden Abhandlung versucht werden, den dolus in kontraktlichen (vertraglichen) Verhältnissen von dem dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen zu sondern. Die Bedeutung des letzteren ist eine weit engere. Er bildet ein Delikt, und die Verurteilung auf Grund desselben macht infam.

Zum Begriff des dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen gehört nicht gerade Täuschung (Irrtumserregung) aber doch immer — dem stellionatus entsprechend — hinterlistige Schadenszufügung.

Dagegen der dolus in kontraktlichen (vertraglichen) Verhältnissen ist allmählich weit über Täuschung und hinterlistige Veranstaltung hinaus erstreckt worden.

Bei Stipulationen umfasst die clausula doli[20] jeden Verstoss gegen die Absicht des Vertrages. Bei bonae fidei negotia gilt als dolus gar jeder Verstoss gegen Treu und Glauben.[21] Im Civilprozess ist exceptio doli schliesslich eine Form, in die jede Einrede gekleidet werden kann.

Papinian l. 12 und Paulus l. 1 § 1 D. de doli mali exceptione 44,4 bezeugen, dass durch die exceptio doli die Billigkeit zur Geltung gebracht werde; sie schreiben ihr

---

19. Lisst a. a. O. S. 485.

20. Die clausula doli giebt die Möglichkeit, den Anspruch aus der Stipulation freier zu beurteilen und die bona fides dabei zu berücksichtigen. Siehe über diese clausula Pernice a. a. O. S. 164 ff. Er nimmt an (S. 239), die exceptio doli habe, da sie mit der hauptsächlichsten Wirkung der clausula doli übereinstimmt, diese später ersetzt oder wenigstens allmählich zurückgedrängt.

21. Th. Mommsen a. a. O. S. 88 A. 1.

also die Funktion der Ausgleichung zu.[22] Diese Einrede konnte nicht nur auf jede der Klage voraufgehende absichtliche Rechtswidrigkeit des Klägers (dolus praeteritus) gegründet werden,[23] sondern auch auf das in der Klage selbst liegende Unrecht, z. B. wenn der Kläger dieselbe wider besseres Wissen (dolus praesens) verfolgte.[24] Aber die exceptio doli wurde über ein eigentliches Verschulden des Klägers noch hinaus erstreckt und auch auf ein objektives Unrecht desselben angewendet, z. B. wenn der Beklagte ein Retentionsrecht hatte.[25] Sie diente auch zur Verteidigung, wenn der Kläger einen Antrag stellte, der vielleicht dem Buchstaben des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts entsprach, aber mit seinen eigenen ausdrücklich oder faktisch erklärten Zusicherungen in Widerspruch stand.[26] Die exceptio doli diente schliesslich zum Aus-

---

22. Pernice a. a. O. S. 231. Binding: „Die Normen und ihre Uebertretung" (Leipzig 1872) II S. 297 sagt: Der Dolusbegriff hat eine bedeutende Erweiterung erfahren durch Anerkennung der aequitas im römischen Recht. „Sowohl die actio als die exceptio doli wurden ja eingeführt: ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit."

23. Brinz: Pandekten (2. Aufl. Erlangen 1873) § 105 S. 368 A. 7. Vergl. l. 18 § 3 D. de dolo malo 4, 3 u. l. 9 pr. eodem.

24. l. 36 D. de V. O. 45, 1. Brinz a. a. O. S. 368 A. 8: — „inter initia nihil dolo malo fiat, attamen nunc petendo facit dolose" — l. 2 § 5 D. de d. m. exc. 44, 4. „Grund zu dieser exceptio doli praesentis ist überall vorhanden, wo zuvor schon, entweder dolo malo oder durch eine Thatsache ohne dolus, eine exc. begründet ist: quia dolo facit quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit (l. 2 § 5 u. § 3 cit.). Darum kann namentlich anstatt jedweder in fastum exceptio excep. doli fungieren und nennt man unsere except. d. praesentis auch exceptio doli generalis."

25. Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon S. 553. Siehe auch Pernice a. a. O. S. 252—261.

26. Seuffert: Pandekten (4. Aufl. Würzburg 1860) I § 32 A. 5.

gleich jeder Unbilligkeit, so dass jede andere Einrede in ihr enthalten war.[27]

Hiernach ist klar, dass der privatrechtliche dolus (des römischen Rechts) nicht blos viel weiter greift als unser Betrug, sondern dass in der deutschen Sprache ein einzelnes gleich weites Wort für ihn garnicht vorhanden ist. In der heutigen Theorie und Praxis des gemeinen Rechts behilft man sich einstweilen immer noch mit dem römischen Begriff und Ausdruck. Ob eine exceptio doli praesentis oder generalis heute noch anzuwenden sei, ist streitig.[28]

Ganz überwunden aber ist in Deutschland schon längst der römische Begriff des stellionatus. An seine Stelle ist hauptsächlich der Betrug getreten, und diesen hat das R. St. G. B. fest und eng bestimmt.

---

27. „Exceptio doli inest bonae fidei judiciis.“ l. 21 D. sol. matr. 24, 3. Vergl auch l. 2 § 5 D. de d. m. exc. 44, 4 mit l. 4 § 33 D. eod. Die exceptio doli wird auch gegen den Sondernachfolger in das aus dem betrügerischen Geschäft hervorgegangene Recht gegeben „und zwar gegen den Sondernachfolger in ein Forderungsrecht schlechthin, gegen den Sondernachfolger in ein dingliches Recht dann, wenn er den Erwerb in Kenntnis des Betruges oder unentgeltlich gemacht hat.“ Regelsberger: Pandekten I S. 537. Vergl. l. 2 §§ 1 u. 2, l. 4 §§ 27—31 D. de d. m. exc. 44, 4. R. G. E. B. 26 No. 33 S. 186. Siehe auch Mommsen: „Erörterungen etc.“ (Braunschweig 1879) S. 101 A. 15.

28. Vangerow: Pandekten (7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1863) I. S. 244 sagt: „Im späteren römischen Recht sowie in unserer heutigen Praxis steht freilich die ganze Annahme einer exc. d. generalis völlig müssig da.“ Dagegen ist eine exceptio d. specialis noch im heutigen Recht praktisch, insofern der Beklagte einen dolus des Klägers einredeweise in dem Sinne und in der Form geltend machen kann, wie er es bei der actio doli klageweise darf. Siehe Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon S. 553.

I. Begriff des Betruges.

§ 2.

Im gemeinen Civilrecht.

„Dolus“ stammt aus dem Griechischen und bedeutet „Köder“. Hiermit ist der dolus treffend charakterisiert als ein listiges Verhalten, welches geeignet ist, den Gegner anzulocken und zu überlisten. Die römischen Juristen haben sich selten bemüht, die juristischen Begriffe erschöpfend zu definieren. Hinsichtlich des Dolus-Begriffes sind wir auf einige gelegentliche Bemerkungen in den Quellen angewiesen, die kaum als Definitionen angesehen werden können. So dienen zur Begriffsbestimmung des dolus im römischen Recht nur 3 Digestenstellen: l. 1 § 2 de dolo malo 4,3; l. 7 § 9 de pactis 2,14 und l. 43 § 2 de contrahenda emptione 18,1.

In l. 1 § 2 D 4,3 schliesst sich Servius der Definition des C. Aquilius an, der nach Cicero[1] den dolus malus bezeichnet:

„cum esset aliud simulatum, aliud actum.“

Diese Begriffsbestimmung hebt nur den Fall der Simulation hervor; deshalb fügt Servius noch die „machinatio alterius decipiendi causa“ hinzu. Labeo aber erweitert den Dolus-Begriff, indem er sagt:

„dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumviendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.“

In l. 7 § 9 de pactis 2,14 sagt Pedius:

„dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.“

In l. 43 § 2 de contrahenda emptione 18,1 erläutert Florentinus den civilrechtlichen Betrug beim Kauf:

„dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat.“

1. Cicero: de officiis III 60.

Hiernach erhalten wir folgende Dolus-Begriffe:

1. aliud simulare, aliud agere.
2. machinatio alterius decipiendi causa.
3. calliditas, fallacia ad circumveniendum etc. adhibitam.
4. obscure loqui et insidiose (obscure) dissimulare.

1. Das aliud agere, aliud simulare bedeutet die Verschleierung der Thatsachen durch verstelltes, schlaues Gebahren, betrügerische Täuschung durch Vorspiegelung eines unrichtigen Sachverhalts.[2]

2. machinatio alterius decipiendi causa bezeichnet die zur Herbeiführung einer Täuschung angewandte List.[3]

3. calliditas als Synonym von dolus ist die Verschlagenheit, mit der der dolose Handelnde zu Werke geht, während fallacia die Betrügerei ausdrückt, die durch das arglistige Benehmen herbeigeführt werden soll.

4. Das obscure loqui et insidiose dissimulare hebt hervor, dass dolus malus nicht nur dann vorliegt, wenn die Wahrheit durch Anführung falscher Thatsachen verschleiert wird, sondern auch, wenn hinterlistig Thatsachen oder Eigenschaften verschwiegen werden, die ein redlicher Mensch offenbaren würde, besonders wenn durch das Verschweigen ein bereits vorhandener Irrtum des Andern unterhalten wird.

Dadurch, dass Labeo in seiner Definition die simulatio ganz fallen lässt und geltend macht, dass auch ohne Simulation jemand getäuscht werden kann, ist ihm der dolus „jede arglistige Veranstaltung zum Nachteil eines Andern".[4] Nach Aquilius, Pedius und Florentinus ist dolus malus jede durch arglistiges Verhalten herbeigeführte Ver-

---

2. Pernice: Labeo II S. 208.

3. Binding: Normen II S. 278. Pernice a. a. O. S. 208 u. 209 sagt: „Servius bestimmt weniger den Begriff des dolus als den Thatbestand der Dolus-Klage."

4. Pernice a. a. O. S. 209.

schleierung der Wahrheit behufs Erweckung der Unterhaltung eines den andern Teil schädigenden Irrtums.

Ein wesentliches Moment des Dolus-Begriffes ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Verhaltens. In Gesetzen sowohl wie in Formeln wird der Ausdruck „sciens dolo malo" gebraucht.[5] Es wird dadurch die wissentliche Rechtswidrigkeit im Gegensatz zu der unwissentlichen hervorgehoben; diese letztere schliesst den dolus aus.

II. Voraussetzungen des Betruges.

§ 3.

Wissentliche Rechtswidrigkeit der Handlung.

Rechtswidrig ist ein jedes Verhalten, das ein fremdes Recht verletzt, gleichviel, ob dieses Verhalten in einem Thun oder Unterlassen besteht. Damit aber das rechtswidrige Verhalten ein doloses werde, muss das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dazu kommen, das die Fahrlässigkeit ausschliesst.[1]

Rechtswidrig kann auch ein Verhalten sein, das kein Recht verletzt, durch welches aber dem Andern Schaden zugefügt wird.[2] Wer z. B. auf seinem Grundstück einen Brunnen gräbt, nur damit der Brunnen des Nachbarn versiege,[3] wer einen Andern von der Erfüllung seiner Pflicht abhält, um ihn zu schädigen,[4] handelt rechtswidrig, auch wenn er dadurch keine bestimmte Norm verletzt.

5. Pernice a. a. O. S. 137 ff. Binding a. a. O. S. 300 ff. Th. Mommsen a. a. O. S. 86 A. 3.

1. Seuffert: Pandekten 1 S. 84; l. 23 D. de R. J. 50, 17.

2. Siehe Windscheid: Pandekten (3. Aufl. 1873 Düsseldorf) I § 101 A. 1. Satz 2. S. 259.

3. l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3. Dernburg: Pandekten (5. Aufl. Berlin 1897) I § 41 S. 93. Pernice a. a. O. S. 61 fg. Siehe auch l. 2 § 9 D. de aqua 39, 3.

4. l. 1 § 2 D. de eo per quem 2, 10.

Rechtswidrigkeit deckt sich darum nicht immer mit Normwidrigkeit; denn es giebt nicht für jedes Verhalten eine verbietende oder gebietende Norm. Auch wer gegen nicht formulierte Forderungen der aequitas mit dem Bewusstsein der Unbilligkeit verstösst, handelt dolos.[5] „Wissentlich etwas thun, was unerlaubt ist, heisst dolos-handeln,“[6] und unerlaubt ist das Handeln und Unterlassen, welches mit dem Willen und dem Bewusstsein geschieht, dass es einem andern Schaden bringt, z. B., jemand wird von der Errichtung eines Testamentes abgehalten, damit Intestaterbfolge eintrete und der von ihm Begünstigte nicht den grössten Teil des Vermögens oder die ganze Erbschaft erhalte.[7]

Jeder Mensch hat ein Recht darauf, in seiner freien Willensbestimmung nicht durch unerlaubten Zwang behindert, durch Entstellung der Wahrheit[8] nicht beeinträchtigt, in seiner Rechtssphäre nicht durch absichtliches schädigendes Eingreifen benachteiligt zu werden. Der sich gegen das Recht eines Andern mit dem Bewusstsein der Schädigung richtende Wille ist ein rechtswidriger, und er wird zum dolus, wenn das Gewollte erreicht ist.

§ 4.

Wissentliche Verschleierung der Wahrheit.

Die Verschleierung der Wahrheit kann durch positives und negatives Verhalten geschehen. Zum dolus gehört aber, dass das positive sowohl wie das negative Verhalten das Hervorbringen oder Unterhalten eines schon vor-

5. Binding a. a. O. S. 305 fg.

6. Binding a. a. O. S. 300.

7. Fernere Beispiele: l. 18 § 3, l. 17 § 3 D. commodati 13, 6; § 4 Inst. de societate 3, 25.

8. Cucumus: „Ueber das Verbrechen des Betruges“ S. 3 u. 70 nimmt ein allgemeines Recht auf Wahrheit an.

handenen Irrtums, den Schaden des unmittelbar Getäuschten oder eines Dritten bezweckt, zu dessen Gunsten die aus der Täuschung hervorgegangene Willenserklärung des Getäuschten erfolgt.

Das positive Verhalten als Erfordernis des dolus ist eine Lüge durch Wort oder That,[1] während das negative Verhalten ein absichtliches Schweigen zum Zwecke der Täuschung ist, das aber nur dann als dolos gilt, wenn eine Pflicht zum Reden, zur Aufklärung über die wahren Thatsachen besteht.[2] Fehlt diese Pflicht, so kann eine verweigerte oder eine unterlassene Aufklärung nicht civilrechtlich haftbar machen, da die Absicht zu täuschen entweder nicht vorhanden oder nicht nachweisbar sein wird.

Hasse sagt:[3] „Wollte man den Grundsatz aufstellen: Niemand darf durch Unterlassen dem Andern Schaden zufügen — so hiesse dies umgekehrt: Jeder muss dem Andern nützlich sein, wo er kann. Eine so allgemeine und grenzenlose Förderungs- und Unterlassungspflicht der Menschen kann aber nicht gedacht werden.“

Eine Pflicht zur Aufklärung über die wahren Thatsachen oder über Verhältnisse oder Eigenschaften einer Sache wird aber immer vorliegen, wenn der Unterlassende mit dem im Irrtum sich Befindenden ein Rechtsverhältnis begründet,[4] wenn auf das Unterlassen irgend eine positive

1. l. 1 § 2 D. de eo per quem 2, 10; l. 9 D. de dolo malo 4, 3. Savigny: „System des römischen Rechts“ Bd. III S. 119 sagt: „In der Regel wird Betrug durch positive Thätigkeit verübt.“

2. Köstlin in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozess: „Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloss civilrechtlich zu verfolgenden Betrug“ S. 355 ff. verneint dies Kriterium im allgemeinen als „ein sehr vages und nichtssagendes.“ Savigny a. a. O. S. 119. Sintenis: „Das praktische gemeine Civilrecht“ I S. 189.

3. Hasse: „Die culpa des römischen Rechts.“ S. 13.

4. Ziegler: „Der Betrug beim Vertragsabschlusse.“ (München 1870) S. 4 fg.

Handlung folgt. Wer einem Verkäufer eine Wage zum Zuwägen der Ware leiht, handelt dolos, wenn er ihm verschweigt, dass die Wage fehlerhaft ist; er muss wissen, dass der Verkäufer oder die Käufer geschädigt werden.[5]

Alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte beruhen nach heutigem gemeinen Recht auf bona fides, auf Treu und Glauben. Jeder Kontrahent hat die Pflicht zur und das Recht auf Wahrhaftigkeit nach allgemein sittlicher Auffassung. Cicero sagt:

„Neque enim id est celare, quicquid reticeas, sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumenti tui causa velis eos, quorum intersit id scire.[6]"

Wer weiss, dass des Andern Interesse es erfordert, zu wissen, was der eine Kontrahent um seines Vorteils willen verschweigt, der handelt wider die Treupflicht, und sein Verhalten wird dolos, wenn der dadurch beim Vertragsgegner unterhaltene Irrtum zur schädigenden Willenserklärung führt.[7] Vom Verkäufer eines Hauses kann nicht verlangt werden, dass er sage: „Domum pestilentem vendo";[6] aber wenn er weiss, dass dem Käufer daran liegt, ein bewohnbares, fehlerfreies Haus zu haben, so ist das Verschweigen des Fehlers, den der seinem Mitkontrahenten vertrauende Käufer nicht entdeckt hat, dolos; denn der Käufer hat dem Hause irrtümlich eine Eigenschaft beigelegt, auf die er ein entscheidendes Gewicht legte. So sagt auch Ulpian l. 1 § 1 D de A. E. V. 19, 1:

„Venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadit ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem."

---

5. l. 18 § 3 D. de dolo malo 4, 3. Siehe Pernice a. a. O. S. 125 A. 2.

6. Cicero: de officiis III c. 13 (57) S. 107.

7. l. 35 § 8 D. de contr. empt. 18, 1; l. 4 § 4 D. de aed. ed. 21, 1.

Die Grenze zwischen dem rechtlich erlaubten und dem betrügerischen Verschweigen von Thatsachen ist schwer festzustellen.[8] Im Verkehrsleben kann nicht jedes wissentliche Verschweigen von Umständen, welche den Mitkontrahenten möglicher oder auch wahrscheinlicher Weise von dem Abschluss des Kontrakts abgehalten haben würden, als dolus charakterisiert werden, wohl aber liegt nach der allgemein sittlichen Auffassung von der Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Verkehrsleben ein dolus vor, wenn aus gewinnsüchtiger Absicht Umstände wissentlich verschwiegen werden, die geeignet sind, einen vernünftigen Menschen von der Eingehung auf den Handel abzuhalten. Prokulus, der in l. 31 D de dolo malo 4,3 die Unsittlichkeit der Handlung in den Vordergrund stellt,[9] und Cicero[10] hätten als dolus die Handlung des Banquiers charakterisiert, der aus gewinnsüchtiger Absicht ein ihm allein bekanntes politisches Ereignis verschwieg, um Papiere zu niedrigem Preise zu kaufen, die infolge des politischen Ereignisses im Kurse wesentlich steigen mussten. Das ihm bekannte politische Ereignis war eine vollendete Thatsache, die auf den künftigen Kurswert von bedeutendem Einfluss sein musste. Der Banquier wusste auch, dass sein Mitkontrahent von

8. Regelsberger a. a. O. sagt S. 536: „Man muss sich ebenso sehr hüten, bei der rechtlichen Beurteilung schlechthin einen sittlichen Standpunkt einzunehmen, als einer laxen Geschäftsmoral das Siegel des Rechts aufzudrücken.“

9. „Cum quis persuaserit familiae meae, ut de prossessione decedat, prossessio quidem non amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit.“ Siehe auch Pernice a. a. O. S. 210.

10. Cicero de officiis III, 12 S. 105 u. 106. Voigt: „Neues Archiv für Handelsrecht“ B. II S. 196 ff. Dagegen Ziegler a. a. O. S. 4 u. 5. Siehe auch Mommsen: „Erörterungen aus dem Obligationenrecht.“ (Braunschweig 1879) S. 144 fg. und Seufferts Archiv VIII No. 41.

derselben keine Kenntnis erlangt haben konnte und einzig und allein infolge des Nichtwissens mit ihm kontrahierte. Nun muss zwar ein jeder Kontrahent sich selbst durch Anwendung von Aufmerksamkeit und Scharfsinn eine möglichst zuverlässige Ansicht über die künftigen Konjunkturen verschaffen und hat dabei nicht auf Unterstützung seitens des andern Teils zu rechnen; aber es wird je nach der besonderen Sachlage zu berücksichtigen sein, ob er dies nach den gegebenen Verhältnissen zu thun vermochte. Ein solcher Fall wird je nach der Besonderheit der ihn begleitenden Umstände zu entscheiden sein. Nach diesen kann er sich als anders gestaltet erweisen von folgendem Falle: Eine Regierung hat beschlossen, ein bestimmtes Terrain zur Errichtung eines öffentlichen Gebäudes oder zu sonstigen öffentlichen Zwecken anzukaufen, und jemand, der Kenntnis von diesem Regierungsbeschluss erlangt hat, kauft das Terrain an, um es mit Vorteil an die Regierung zu verkaufen. Nach den heutigen Verkehrseinrichtungen konnte der erste Verkäufer des Grundstücks sich bei gehöriger Aufmerksamkeit die Kenntnis der gegebenen Umstände verschaffen, und er muss es diesem Mangel an Sorgfalt seinerseits zuschreiben, wenn ihm ein Gewinn entgangen ist. Ein dolus des Käufers würde aber auch in diesem Falle vorliegen, wenn er aus Bereicherungsabsicht sich besondere Verhältnisse zunutze machte, die den Verkäufer verhindert haben, sich mit der Absicht der Regierung bekannt zu machen, z. B. Verweilen im Auslande wegen einer Krankheit etc.

„Wie nicht in jedem wissentlichen Verschweigen ein dolus gefunden werden kann, so auch nicht in jedem wissentlichen Vorbringen einer Unwahrheit. Es kommt hier namentlich darauf an, den eine Verpflichtung begründenden dolus und das allgemeine Anpreisen, welches keine Verpflichtung begründet, zu scheiden.“ [11] Einen

11. Mommsen a. a. O. S. 145.

dolus wird immer nur das absichtliche Hervorheben solcher dem Verkaufsgegenstande nicht anhaftenden Eigenschaften darstellen, die von allgemeinem Interesse oder für den Käufer von Interesse sind.[12] Allgemeine Anpreisungen, die Ware wäre eine selten gute, oder Versicherungen, die Ware gehe reissend ab, oder man verkaufe mit Schaden etc., gehören zu den erlaubten.

Aber Anpreisungen, die durch Machinationen unterstützt werden, welche geeignet sind, die eigentliche Beschaffenheit des Verkaufsgegenstandes zu verbergen,[13] sind betrügerische, wenn der Käufer dadurch in einen ihn schädigenden Irrtum versetzt werden soll.[14] Beziehen sich hingegen die Anpreisungen auf Eigenschaften, die der Vertragsgegner durch äussere Besichtigung leicht erkennen kann, oder auf Erwartungen infolge von Thatsachen, deren Eintreten in der Zukunft liegt, dann kann von einem dolus nicht die Rede sein.[15]

---

12. z. B. l. 19 § 1 D. de aed. ed. 21, 1: „si dixerit aleatorem non esse, furem non esse, ad statuam numquam confugisse, oportet eum id praestare.“

13. l. 43 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 37 D. de dolo malo 4, 3. Mommsen a. a. O. S. 145. Regelsberger a. a. O. S. 537. Ziegler a. a. O. S. 3. Seuffert: Pandekten II § 265 No. 4 S. 83. Seufferts Archiv, B. XXIX No. 16.

14. Goldschmidt: „Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit“ S. 70. Cicero: de officiis III. c. 14 S. 108.

15. Dernburg: Pandekten I S. 248. Mommsen a. a. O. S. 145. Köstlin a. a. O. S. 408 fg. sagt: „Der Verkehr bringt es mit sich, dass der eine auf Kosten des andern Vorteile zu gewinnen sucht. Ein gewisses Mass von Uebervorteilung lässt sich von seinem Wesen nicht trennen. Diese Uebervorteilung hat im Civilrecht keine Folgen, soweit der Kontrahent beim Gebrauch der Unwahrheit sich nur in allgemeinen Behauptungen bewegt oder, wenn er auch bestimmte Versicherungen giebt, voraussetzt oder voraussetzen darf, dass man darin vermöge allgemeiner Sitte nur eine

Anders ist es, wenn bei sichtbaren Fehlern die Natur des Fehlers falsch angegeben und nicht sichtbar ist, z. B. es wird fälschlich angegeben, der an sich unheilbare Fehler wäre heilbar, dann tritt Haftbarkeit ex dolo ein.[16]

Um Thatbestand des Betruges zu sein, muss das positive Verhalten sowohl wie das negative aus der Absicht hervorgehen, den dadurch in Irrtum Versetzten zu einem Willensentschluss zu bestimmen.[17] Eine Verschleierung der Wahrheit über die Motive der Handlung kommt rechtlich nicht in Betracht.[18]

§ 5.

Irrtum des Betrogenen.

Die Verschleierung der Wahrheit bezweckt die Erregung resp. Bestärkung eines Irrtums. Dabei ist nicht nötig, dass der Täuschende die Absicht habe, dem Andern einen Schaden zuzufügen; es reicht zur dolosen Handlung die Thatsache aus, dass der Eine wissentlich die Wahrheit verschwiegen oder entstellt und den Andern absichtlich in einen Irrtum versetzt oder in einem schon vorhandenen

---

konventionelle Formel erblicken werde. Der Grund ist die Annahme, dass durch solche lügnerische Floskeln niemand sich täuschen lasse, und dass eben daher auch der, welcher sich ihrer bedient, nicht täuschen wolle. Wo nun freilich jene konventionelle Sphäre, „jene Sphäre der dem Spekulationsgeist herkömmlich bewilligten Abweichung von der Wahrheit," überschritten wird, da ist auch in Vertragsverhältnissen Täuschung und Absicht zu täuschen möglich. Solchen Falls tritt denn auch die civilrechtliche Entschädigungspflicht unbedingt ein."

16. Busch: Archiv für deutsches Handelsrecht B. V S. 145.

17. l. 66 § 1 D. de contr. empt. 18, 1; l. 13 pr., l. 21 § 1 D. de A. E. V. 19, 1. Regelsberger a. a. O. S. 537.

18. l. 18 D. de poenis 48, 19: „Cogitationis poenam nemo patitur."

bestärkt habe.[1] In der subjektiven Unredlichkeit des Täuschenden liegt das dolose Moment, und daher kommt es auch auf die Beschaffenheit des Irrtums beim Irrenden nicht an. Diesem wird geholfen, „wenn der Betrug auch nur einen Irrtum in den Beweggründen erzeugt hat."[2] Ebensowenig kommt es darauf an, ob der durch Betrug erregte Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar ist; denn die Unrechtlichkeit des Betrügers wird durch die grössere oder geringere Unrechtlichkeit des Betrogenen weder aufgehoben noch gemindert.[3]

Dies wird von einigen Juristen bestritten.[4] Die Quellenstellen, welche sie als Beleg für ihre Ansicht anführen,[5] vermögen aber gegenüber anderen, welche unzweifelhaft darlegen, dass der Betrogene sich auch bei unentschuldbarem Irrtum auf den Betrug des Gegners berufen könne, keinen Beweis für die Richtigkeit ihrer Behauptung zu erbringen. So sagt z. B. Ulpian in l. 1 § 2 D. de eo per quem 2, 10:

„Dolum autem malum sic accipimus: ut si quis venienti ad iudicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod is nesesse habuerit ad iudicium non venire, teneatur ex hoc edicto: quamvis quidam putent sibi eum imputare, qui credulus fuit."

1. R. G. E. Band 23 S. 136 fg.

2. Seuffert: Archiv B. 13 No. 86.

3. Seuffert: Archiv Bd. 13 No. 86. R. G. E. B. 18 S. 223—225. Ihering im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Neue Folge B. IV S. 280. Sintenis I S. 191. Windscheid § 79 A. 4. Seuffert: Pandekten I § 71 A. 4, II § 265 A. 13. Pernice: „Zur Lehre von der Sachbeschädigung" S. 62. Ziegler a. a. O. S. 7. Regelsberger: „Civilrechtliche Erörterungen" I S. 19, Pandekten I S. 537.

4. Mommsen: Beiträge I S. 108. Goldschmidt a. a. O. S. 72. Siehe die Widerlegung bei Ziegler a. a. O. S. 7 u. 8.

5. l. 203 D. de R. J. 50, 17; l 43 § 1 D. de contr. empt. 18, 1; l. 14. ult. u. l. 55 D. de aed. ed. 21, 1.

Ein zu Gericht Geladener wird durch eine absichtlich ihm überbrachte falsche Trauerbotschaft abgehalten, vor Gericht zu erscheinen. Einige Juristen meinen, er müsse es sich selbst zurechnen, wenn er leichtgläubig gewesen sei; aber Ulpian entscheidet gegen diese Ansicht dahin, dass der Betrüger nach dem Edikt hafte.

Desgleichen entscheidet Ulpian in l. 9 pr. D. de dolo malo 4, 3:

„Si quis affirmavit, minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit: non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat."

Dem Erben, der leichtgläubig den Versicherungen, die Erbschaft sei nur gering, vertraute und die Erbschaft dem betrüglich Versichernden verkaufte, giebt Ulpian die Kontraktsklage gegen den Betrüger, trotzdem der Irrtum ein unentschuldbarer war.

Ein fernerer Beweis für die Richtigkeit der Annahme, dass bei der Grundanschauung der römischen Juristen von Treu und Glauben im Verkehr es bei Betrug auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht ankomme, ist l. 2 § 3 D. ad S. C. V. 16, 1:

„ . . . deceptis, non decipientibus opitulatur (S. C.) .... infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit."

Im Falle der Täuschung vonseiten einer Frau wird dieser die Unterstützung nach dem Senatuskonsult verwehrt, selbst wenn der Irrtum des Gläubigers ein unentschuldbarer war.[6]

Diese Entscheidungen entspringen dem Prinzip, dass der Vertrauende keinen Schaden erleiden solle, wenn er einen Unredlichen für einen vertrauenswürdigen Menschen

---

6. Windscheid II § 486 A. 2 S. 772; I § 79 A. 4 S. 189. Vergl. l. 23, l. 30 cod; l. 5, l 18. 6. ad S. C. V. 4, 29.

gehalten habe.[7] Es liegt mithin die dem Betrogenen gewährte Hilfe nicht in dem Irrtum, sondern in der Unrechtlichkeit des Betrügers, und diese wird durch die Unachtsamkeit des Betrogenen weder aufgehoben noch gemindert.[8]

§ 6.

Nachteilige Willenserklärung und Kausalzusammenhang derselben mit dem Irrtum des Betrogenen.

Zur Vollendung des Betruges in kontraktlichen Verhältnissen gehört die Willenserklärung des Betrogenen. So lange diese noch nicht abgegeben ist, liegt nur der Versuch eines Betruges vor. Ist sie aber infolge der Verschleierung der Wahrheit und des dadurch hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums erfolgt, so sind alle Requisite des vollendeten Betruges gegeben.

Es fragt sich aber, ob der Kausalnexus zwischen der Willenserklärung und dem Irrtum des Betrogenen zum Klagegrunde gehöre, d. h. ob der Betrogene als Kläger behaupten und beweisen muss, dass der Irrtum ihn zu der Willenserklärung bestimmt habe, und diese Frage ist nicht unbestritten.

---

7. Ihering a. a. O. S. 278 fg. Ziegler sagt a. a. O. S. 9: „Auch das Strafrecht kennt seinen Unterschied der Fälle, in welchem der Betrogene in einem entschuldbaren und in welchem er sich in einem unentschuldbaren Irrtum befindet. Wollte man einen solchen Unterschied im Civilrecht gelten lassen, so käme man dazu, dass der Betrüger unter Umständen zwar der Strenge des Strafrechts verfallen könnte, dagegen wegen Unentschuldbarkeit des Irrtums des Betrogenen von civilrechtlicher Haftung frei wäre. In einem solchen Falle würde also die Verletzung der Rechtsordnung durch Strafe gesühnt werden, während die Verletzung der Rechte des Betrogenen (das Geringere) nicht mit aufgehoben werden könnte."

8. Seufferts Archiv B. 13 No. 86.

Entgegengesetzter Ansicht sind u. A. Ziegler und Ihering.[1] Beide führen zum Beweise ihrer Meinung u. a. die folgenden leges an:

l. 39 pr. D. de A. E. V. 19, 1:

„Quaero: si quis ita fundum vendiderit, ut id venum datum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit: sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emptorem, an ex empto iudicio teneatur, cum haec generalis adiectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit nec excepit, pertinere non debeat: ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset . . . . ."

Der Verkäufer, welcher das Grundstück mit der ausdrücklichen Bestimmung verkauft, er übertrage dem Käufer alles, was er selbst innerhalb der Grenzen desselben besitze, und dabei wissentlich verschwiegen hat, dass sich in dem Grundstück fremde Enklaven befinden, haftet, nach Modestinus, dem Käufer aus dem Betruge.

Modestinus fragt in obigem Falle nicht danach, ob der Kaufpreis etwa dem wahren Thatbestande nach angemessen niedrig gestellt ist, oder ob der Käufer auch dann das Geschäft abgeschlossen haben würde, wenn er um die fremden Enklaven gewusst hätte; er sieht auch nicht auf den hier unentschuldbaren[2] Irrtum des Käufers, sondern fasst einzig und allein den in dem Verschweigen und dem dadurch unterhaltenen Irrtum liegenden durch den Vertragsschluss zur Vollendung gebrachten dolus in's Auge. Der von dem Verkäufer gemachte Zusatz schützt ihn nicht vor der Haftung; denn dieser darf nicht auf den verschwiegenen Umstand bezogen werden, damit der Käufer,

---

1. Siehe Ziegler a. a. O. S. 10 ff und Ihering a. a. O. S. 300 ff.

2. Der Käufer hätte sich m. E. vergewissern müssen, ob alles innerhalb der Grenzen Liegende dem Verkäufer gehöre.

welcher bei Kenntnis desselben vielleicht[3] — fortasse — den Kaufvertrag garnicht oder nicht zu diesem Preise abgeschlossen haben würde, nicht geschädigt werde. Der Anspruch des Betrogenen gründet sich hier wie sonst auf die Beschädigung. Der Nachweis, dass die Täuschung die Ursache der abgegebenen Willenserklärung gewesen ist, wird von ihm nicht gefordert, sondern es genügt die blosse Möglichkeit, dass die letztere ohne die Täuschung weder in der einen noch in der andern Weise abgegeben worden wäre.

Die Umstände, welche der Verkäufer nach l. 39 c. verschwiegen hat, sind an sich relevant, d. h. sie sind solche, welche das Interesse eines jeden Grundstückskäufers berühren, da fremde Enklaven nicht nur der rationellen Bewirtschaftung hinderlich sind, sondern auch Eigentumsbefugnisse, z. B. Jagd, Weide etc. beeinträchtigen und erschweren können. Es ist hier eher anzunehmen, jemand würde, wenn er den wahren Thatbestand gekannt hätte, ein solches Grundstück nicht gekauft haben, als dass er, selbst bei verhältnismässig niedrigem Kaufpreise, auf den Handel eingegangen wäre. Wenn bei demselben ein Betrug vorgefallen ist, muss m. E. die hauptsächlichste Bedingung des Anspruchs aus dem Betruge der Nachweis des dolus an sich, d. h. absichtlicher Wahrheitsentstellung zum Zwecke der Täuschung, sein.

Ziegler und Ihering führen ferner die l. 4 § 4 D. de aed. ed. 21, 1 an:

„In summa, si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest; ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit, si autem corporis solius vitium est, aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.“

3. Ziegler a. a. O. S. 12 übersetzt „fortasse“ mit „beispielsweise.“ Dadurch legt er etwas in die Stelle hinein, was sie m. E. nicht enthalten soll.

Nach dem Aedilicischen Edikt haftet der Verkäufer für vitia animi nur, wenn er deren Fehlen ausdrücklich zugesichert hat. Hier hat er sie wissentlich verschwiegen; deshalb haftet er aus dem dolus. Wenn auch Ulpian in dieser Pandektenstelle nicht vom Betruge an sich und dessen Voraussetzungen spricht,[4] so ist doch daraus zu entnehmen, dass absichtliches Verschweigen eines Fehlers des Kaufgegenstandes den vertrauenden Käufer nicht in Schaden bringen soll. Die Haftung aus dem dolus ist hier ganz allgemein ausgesprochen; denn der Mangel ist ein derartiger, dass er jeden Käufer, wenn er ihn gekannt hätte, von der Eingehung des Kontraktes abgehalten haben würde.

Dasselbe ist aus l. 8 D. de dolo malo 4, 3 zu entnehmen:

„Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.“

Nach dieser Stelle haftet derjenige mit der actio doli, der um eines Gewinnes willen wissentlich den Darleiher über die Solvenz des Darlehnempfängers getäuscht hat.

Die Solvenz des Darlehnempfängers ist nach den Grundsätzen des Verkehrs ein Umstand von allgemeinem Interesse, so dass regelmässig unter dieser Voraussetzung ein Darlehn gegeben wird. Nichtsdestoweniger kommt es vor, dass ein Darlehn ohne diese Voraussetzung zur Hilfe aus der Bedrängnis gegeben wird. Eine Darlehnshingabe

4. Ziegler sagt S. 13: „Schon nach dem Zwecke des Werkes, aus welchem die Stelle entnommen ist (ad Edictum Aedilium currulium libri), hatte Ulpian keine Veranlassung, sich über die sämmtlichen Voraussetzungen des Betrugsanspruches zu verbreiten, und so kann man denn aus der Stelle nicht entnehmen, dass das wissentliche Verschweigen eines Mangels des Vertragsgegenstandes an sich und ohne Weiteres einen Anspruch aus dem Betruge begründe.“

aus solchen Motiven wird aber in den allerseltensten Fällen zu einer Klage gegen denjenigen führen, der die Solvenz des Betreffenden gerühmt hat. Dem Klagenden würde auch hier eher nachzuweisen sein, dass er die Bedrängnis des Darlehnempfängers gekannt habe, mithin nicht getäuscht worden sei, als in obigem Falle der Darlehnsgeber darthun könnte, dass er einzig und allein auf Grund der Täuschung das Darlehn gegeben habe, es also entgegengesetzten Falles nicht gegeben haben würde. Im Hinblick darauf, dass ein derartiger Beweis eines sich der Aussenwelt entziehenden inneren Vorganges meistens schwer zu erbringen sein dürfte, würde bei jeder Unmöglichkeit eines solchen Beweises der Betrüger ungetroffen bleiben. Es ist die bösliche Absicht an sich, die geahndet werden soll, wenn durch sie das Rechtsgut eines Andern verletzt wird, gleichviel ob dies in kontraktlichen oder ausserkontraktlichen Verhältnissen geschieht,[5] und der Verletzte hat nicht nötig, erst zu beweisen, dass die Täuschung des Gegners der Bestimmungsgrund zu seiner schädigenden Willenserklärung gewesen ist.[6]

Wenn jemand, um sich und die Seinigen vom Hungertode zu retten, Getreide von X., der als Erster mit seiner

5. R. G. E. B. 21 S. 243. Siehe auch l. 20 § 1 D. de dolo malo 4, 3.

6. Ihering a. a. O. S. 301 glaubt, „dass diese befremdliche Theorie in spezieller Beziehung auf die Lucca-Pistoja-Prozesse zuerst von Goldschmidt aufgestellt und zur Anwendung gebracht worden" ist. Ihering sagt: „Die Beschaffenheit des Causalnexus steht nicht bloss mit unserm positiven Recht, sondern mit den einfachsten Anforderungen des Verkehrs in Widerspruch. Ihr zufolge müsste der Kläger bei der actio doli den Beweis führen, der kaum je zu erbringen sein wird, nämlich die jeder äussern Betrachtung sich entziehende Verbindung zwischen dem dolus des Gegners und seinem eigenen Entschluss in der Weise klar zu stellen, dass daraus hervorginge, er würde ohne den dolus garnicht gehandelt haben."

Getreide-Zufuhr am Orte eintrifft, zu unverhältnismässig hohem Preise kauft, so wird er, wenn er bereits den Preis gezahlt hat, mit der Kaufklage Preisminderung fordern, oder falls er noch nicht gezahlt hat, der Preisforderung eine exceptio doli entgegenstellen können, wenn er beweisen kann, dass X. gewusst habe, dass weitere Getreide-Ladungen nach dem Orte unterwegs waren und X. diese seine alleinige Kenntnis und seinen Vorsprung vor den andern Getreidehändlern benutzt habe, um sich auf Kosten der Notleidenden einen hohen Gewinn zu verschaffen.[7] In einem solchen Falle würde der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung durch absichtliches Verschweigen der dem X. allein bekannten Thatsachen und dem Willensentschluss des Käufers nicht zu erbringen sein; es würde aber jeder Billigkeit widersprechen, wenn eine exceptio resp. replicatio des Betrügers, der Getäuschte würde auch ohne Irrtum das Geschäft abgeschlossen haben,[8] Beachtung finden sollte. Wollte man hier danach fragen, ob der Gewinn des Verkäufers die Folge seiner betrügerischen Handlungsweise oder die Folge eines andern Umstandes sei, so hiesse das den Betrüger begünstigen; denn sein unverhältnismässig hoher Gewinn besteht weder in der einen noch in der andern Weise zu Recht.[9] Es ist immer der dolus, durch den er ihn allein zu erhalten erwartete, sonst hätte er durch sein absichtliches Verschweigen der wahren Thatsachen nicht zu täuschen versucht. Mit dem Vertragsabschluss wird die versuchte Täuschung Betrug.

---

7. Cicero: de officiis III c. 12 S. 105 u. 106: „omnia esse patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret." Siehe auch Voigt: „Neues Archiv für Handelsrecht" B. II S. 196.

8. Ihering a. a. O. S. 302. Der Beklagte müsste diesen Einwand beweisen. „Der Beweis ist aber in seiner Person um nichts leichter als der dem Kläger zugemutete, dass der dolus den Bestimmungsgrund seines Handelns abgegeben habe." (S. 305.)

9. Anders Ziegler a. a. O. S. 14.

Damit nun dem Betrogenen geholfen werde, wird richtigerer Weise gesagt werden müssen: Betrifft die Verschleierung der Wahrheit „Verhältnisse, Thatsachen, Eigenschaften, welche regelmässig von Interesse sind,“ [10] so hat der Betrogene nicht zu beweisen, dass der dadurch hervorgerufene oder unterhaltene Irrtum von bestimmendem Einfluss auf seine Willensäusserung gewesen ist.[11]

Zum Begriffe des dolus in kontraktlichen Verhältnissen ist hiernach erforderlich:

I. Auf Seite des Betrügers:

1. Eine wissentliche Verschleierung der Wahrheit durch positives oder negatives Verhalten.

2. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens.

II. Auf der Seite des Betrogenen:

1. Ein durch das Verhalten des Betrügers hervorgerufener oder unterhaltener Irrtum.

2. Eine nachteilige Willenserklärung.

III. Der dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen.

§ 7.

Einleitung.

Wie wir gesehen haben, gehört zu dem Thatbestand des dolus in kontraktlichen (vertraglichen) Verhältnissen die

10. Ihering a. a. O. S. 305.

11. Auch aus l. 35 § 8 D. de contr. empl. 18, 1 lässt sich nicht entnehmen, dass die römischen Juristen den Nachweis des Causalzusammenhanges forderten: „Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem. Ihering ist zuzustimmen, wenn er (S. 313) sagt: „Die römische Jurisprudenz war viel zu praktisch dazu, um die Sicherheit und Brauchbarkeit der Klagen aus dem dolus durch Zulassung einer Frage zu gefährden, die mit Sicherheit fast nie zu beantworten ist.“

simulatio, und der eigene Wille des Getäuschten wirkt stets zur Vollendung des Betruges mit.

Dagegen fällt bei dem dolus, wie er in Folgendem (A u. B) dargestellt werden soll, die simulatio ganz fort, und dieser dolus unterscheidet sich von dem dolus in kontraktlichen Verhältnissen ausserdem dadurch, dass er auch ohne den Willen des Betrogenen verwirklicht wird.[1]

Zum Ausgangspunkt der Betrachtung des dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen dient Labeo's Ausspruch l. 1 § 2 D. de dolo malo 4,3:

„Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per euismodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam."

Labeo sagt hiermit, dass es Fälle giebt, in denen trotz der Simulation kein dolus vorliegt,[2] und dass es solche giebt, in denen auch ohne Simulation ein dolus begangen wird. Jede arglistige Veranstaltung zum wirtschaftlichen Schaden eines Andern ist dolus, und diese kann auch ohne Täuschung des Gegners geschehen.[3] Dies geht deutlich aus l. 7 § 6 D. de dolo malo 4,3[4] hervor:

„si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis si noxae

1. Siehe Brinz a. a. O. II § 344 S. 821 fg.

2. z. B. Jemand redet dem Räuber vor, dass die Sache, welche er rauben will, ganz wertlos sei (sua tuetur). Eine solche erlaubte Verstellung nennt man nach Ulpian (l. 1 § 3 D. 4, 3) dolus bonus.

3. Dernburg: Pandekten I S. 201 A. 4.

4. Siehe weitere Beispiele von dolus ohne simulatio Pernice a. a. O. S. 210.

deditio sit secuta, non puto dandam nec in id, quod excedit."[5]

Die besondere calliditas, mit der es Einer zu veranstalten weiss, dass ein Anderer von einem Tier beschädigt wird, giebt hier im Kausalzusammenhange mit der eingetretenen Beschädigung den Thatbestand des dolus.[6]

In dem weiteren labeonischen Sinne umfasst der Dolusbegriff auch den Begriff fraus.[7] Dies geht aus l. 7 § 10 D. de pactis 2,14 hervor:

„sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit. sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. iniquum si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo et fraus."

Ein Gläubiger hat seinem Schuldner in gutem Ver-

---

5. Ueber die Subsidiarität der actio doli wird weiter unten gesprochen werden. Hier diene zur Erläuterung der l. 7 § 6 cit. folgende Bemerkung: Eine subsidiäre Klage wird durch jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen, durch das der Berechtigte denselben Zweck wie durch die subsidiäre Klage erreichen kann. Die Letztere kann aber angestellt werden, wenn durch die konkurrierende Klage nur weniger erlangt werden kann als durch die subsidiäre. l. 7 § 6 cit. steht dem nicht entgegen; es kann aus dieser Stelle vielmehr nur gefolgert werden, dass dann, wenn in einem solchen Falle die andere konkurrierende Klage wirklich durchgeführt ist, die subsidiäre Klage ausgeschlossen wird. Siehe Vangerow a. a. O. I S. 240 fg. Pernice a. a. O. S. 210 A. 1 sagt: „Der Schlusssatz (quamvis . . . .) scheint im Hinblick auf die Klagenkonkurrenz interpoliert zu sein. Er hat dann wohl das Wort actionem hinter de dolo verdrängt."

6. Läge nur ein Reizen des Tieres vor, dann hätte die actio utilis legis Aquiliae gegeben werden müssen. S. Pernice a. a. O. S. 222 fg.

7. Meisner: „Das Allg. Pr. L. R. und der Entwurf des B. G. B (Berlin 1890) S. 72. S. auch Pernice a. a. O. S. 212 fg.

trauen auf dessen Wort eine Verpflichtung nachgelassen.[8] Wegen blossen Missbrauchs des Vertrauens soll der Remissionsakt nicht rückgängig gemacht werden. Aber wenn der Schuldner das auf seine persönliche Ehrenhaftigkeit gesetzte Vertrauen des Gläubigers getäuscht hat, dann ist in dem dolus auch die fraus enthalten.

Die Täuschung des Vertrauens liegt im Aquilischen dolus nicht.[9] Die fraus als Täuschung ist somit nicht der simulatio gleich, und ihre Erwähnung im Edikt neben dem dolus ist in dem Sinne von Untreue und Wortbruch zu vermuten.[9, 10]

Hiernach ist der labeonische Dolusbegriff nicht gerade Entstellung der Wahrheit, Vorspiegelung falscher Thatsachen,[11] vielmehr:

dolus ist jede einen Andern absichtlich schädigende hinterlistige Veranstaltung und jeder einen Andern schädigende Treubruch.

Daraus ergiebt sich die Einteilung des dolus ohne simulatio in:

A) dolus als Treubruch.

B) dolus als hinterlistige Veranstaltung.

Bei der Begriffsbestimmung des dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen wird ein besonderer Wert auf

---

8. Pernice a. a. O. S. 216 meint, der Gläubiger hat dem Schuldner, „entweder gestundet, oder — was das remittere näher legt — ein Sicherungsmittel, Pfandrecht Bürgschaft Klage, geradezu aus der Hand gegeben.“

9. Pernice a. a. O. S. 214. Siehe auch oben § 2 S. 15 a. E.

10. fraus erscheint so als Gegensatz zur bona fides. Vergl. l. 3 § 3 D. pro socio 17, 2 . . . fides bona contraria est fraudi et dolo. Binding: „Normen“ sagt S. 273: „fraus bedeutet im Altlateinischen Verbrechen, dann Treubruch.“ Nach Pernice (S. 214 fg.) würde zu dieser Auffassung die Verwendung bei Pauliana und Konkurs stimmen.

11. Siehe R. G. E. Bd. 18 S. 71.

die Gesinnung des Dolosen gelegt, so dass die Folge des dolosen Verhaltens, die Schädigung des Hintergangenen oder die eigene Bereicherung in die zweite Reihe zurücktritt und nur noch als möglicher Zweck erscheint.[12] Es liegt z. B. nach l. 7 § 7 D. de dolo malo kein die actio doli begründender dolus vor, wenn die Gesinnung des Schädigers keine unsittliche ist und aus dieser Gesinnung heraus das Motiv seines Handelns nachweislich weder eigene Bereicherung noch allein Schädigung des andern Teils ist:

„Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio dauda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.“

Labeo ist zweifelhaft, ob gegen denjenigen, der die Fesseln eines Sklaven gelöst hat, um ihm zur Flucht zu verhelfen, die actio de dolo zu gestatten sei. Quintus geht auf die Motive des Handelns ein und entscheidet, dass, falls die Entfesselung des Sklaven aus Mitleid geschehen ist, gegen den Thäter nur eine auf Schadensersatz gerichtete actio in factum[13] zu geben sei.

Wenn der Hintergangene geschädigt ist, muss auf die Frage eingegangen werden, ob diese Schädigung einem unsittlichen Motiv entsprang. Fehlt dies, dann liegt nur rechtswidriger Vorsatz vor, und dieser begründet keinen dolus.[14] Zum Beweise des dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen wird deshalb in manchen Fällen auf das beim dolus in kontraktlichen Verhältnissen gleichgiltige Motiv eingegangen werden müssen.[15]

---

12. Pernice a. a. O. S. 210 fg.

13. Siehe unten § 21.

14. Binding a. a. O. S. 348 sagt: „Rechtswidriger Vorsatz aus Mitleiden schliesst dolus malus aus und begründet culpa lata.

15. Pernice a. a. O. S. 211.

§ 8.

A. Dolus als Treubruch.

Zum Thatbestand des dolus als Treubruch gehört nicht ein zwischen dem Betrüger und dem Betrogenen bestehendes Rechtsverhältnis. Es genügt das einer vorgängigen Zusage widersprechende arglistige Verhalten auch in solchen Fällen, in denen aus der Zusage an sich auf deren Erfüllung nicht hätte geklagt werden können. Entscheidend ist, ob derjenige, dem die Zusage erteilt ist, im Vertrauen auf die Erfüllung derselben Aufwendungen gemacht oder eine Arbeit geleistet hat, welche er ohne diese Zusage nicht gemacht oder nicht geleistet haben würde. Dadurch, dass die Zusage nicht gehalten wird, hat der Vertrauende eine Vermögenseinbusse erlitten, indem ihm die Möglichkeit genommen ist, sich für seine Aufwendungen oder seine Arbeit bezahlt zu machen. In der Zurücknahme einer solchen redlich gemachten Zusage liegt die zum Schadensersatz verpflichtende Arglist. Der Grund, aus welchem die Zusage nicht gehalten wird, ist zur Substanziierung der actio doli gleichgiltig; ebenso ist keineswegs die Behauptung erforderlich, dass schon die Zusage in der Absicht, sie nicht zu halten, erteilt sei.[1]

Zum Beweise für die Richtigkeit des Gesagten dienen folgende Pandektenstellen:

l. 34 D. de dolo malo 4,3:

„Si, cum mihi promisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit."

l. 16 § 1 D. de praescriptis verbis 19,5:

„Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam juris

1. R. G. E. Bd. 8. S. 179 (Leipzig 1883).

civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo."

In beiden Fällen liegt keine rechtlich verbindliche Abrede vor; denn der Bruch und die Abfuhr von Steinen und das Säen sind formlos gestattet worden. Eine solche rechtlich unverbindliche Zusage fällt unter keinen Klagtypus,[2] und die actio doli wird somit hier als die einzig zulässige Klage angesehen. Der Grundeigentümer hätte die Erlaubnis, auf seinem Grund und Boden Steine zu brechen, zu säen, vor Benutzung der Erlaubnis zurücknehmen können, ohne dass eine Klage gegen ihn auf Zulassung des Steinebrechens oder des Säens begründet gewesen wäre. Aber auf Grund der Zusage sind die Steine gebrochen, ist die Saat gesät, und nun verweigert der Eigentümer das Fortschaffen der Steine, die Einheimsung der Frucht. Es liegt mithin in der Zurücknahme des gegebenen Wortes nach gemachten Aufwendungen vonseiten der Vertrauenden die arglistige Handlung, der Vertrauensbruch, der zur Schädigung der Betrogenen führt und sie zur Klage auf Ersatz der gemachten Aufwendungen berechtigt.[3] Es ist dasselbe Prinzip, wie es auch in Vertragsverhältnissen in Anwendung gebracht wird, in denen der Widerruf an sich gestattet ist, der unzeitige Widerruf aber, durch welchen der Mitkontrahent Schaden erleiden würde, den Widerrufenden haftbar macht.[4]

Ebenso macht die Zusage der Gewährung einer Sache für eine Dienstleistung haftbar, wenn die Dienstleistung daraufhin geschehen ist, der Zusagende aber die Sache nun nicht gewähren will:

---

2. **Pernice** a. a. O. S. 217.

3. Vergl. auch l. 35, l. 9 § 3 D. de dolo malo 4, 3; l. 14 § 2 D. de relig. 11, 7.

4. R. G. E. Bd. 8 S. 180. Vergl. auch l. 5 D. de condictione causa data causa non secuta 12, 4; l. 15 D. mandati 17, 1,

l. 5 § 3 D. de praescriptis verbis 19,5:

„Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur."

Eine civile Klage ist auch hier nicht begründet, weil der Dienstleistende auf die blosse Zusage hin keinen klagbaren Anspruch auf die versprochene Sache gewonnen hat. Aber da er im Vertrauen auf die Zusage die Dienste geleistet hat, wird ihm die actio doli gegen den Wortbrüchigen gegeben.

Hiernach gehört zum Thatbestand des dolus als Treubruch:

I. Auf der Seite des Betrügers:
   1. eine ernstlich gemeinte Zusage,
   2. eine arglistige Zurücknahme der Zusage.

II. Auf der Seite des Betrogenen:
   1. eine auf Grund der Zusage vorgenommene selbständige Handlung oder Dienstleistung,
   2. ein Vermögensschade.

§ 9.

B. Dolus als hinterlistige Veranstaltung.

Auch zum Thatbestand des dolus als hinterlistiger Veranstaltung ist ein zwischen dem Betrüger und dem Betrogenen bestehendes Rechtsverhältnis nicht erforderlich. Ebensowenig ist erforderlich, dass der Machinator aus seiner hinterlistigen machinatio irgend welchen Vorteil zieht. Es genügt auch nicht, dass eine vorsätzliche Schadenszufügung stattgefunden hat, sondern es muss hinzukommen, dass die schädigenden Handlungen rechtswidrig sind und dass der Dolose im Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit gehandelt hat.[1] Es gehört mithin zum Thatbestand dieses dolus, dass einem Andern durch eine absichtlich schädigende

1. Seuffert: Archiv Bd. 50 n. 168.

Handlung, durch Gewissenlosigkeit, durch Arglist ein Vermögensschade zugefügt worden ist.[2]

Die meisten Anwendungsfälle dieses dolus fügen sich in folgenden Rahmen: Entweder ist

1. böswillig ein Recht überschritten,[4] oder es wird
2. durch die Machination eines Dritten die zwischen zwei Personen bestehende Obligation aufgehoben,[1] oder
3. der Berechtigte geht seiner Befugnis oder eines Anspruchs verlustig.[5]

1. Als Rechtsparömie galt bei den Römern der Satz: qui jure suo utitur neminem laedit.[6] Darnach ist die Ausübung des eigenen Rechtes erlaubt, selbst wenn ein Anderer dadurch Schaden erleidet. Aber sie kann unerlaubt werden, wenn sie allein in der Absicht und zu dem Zwecke erfolgt, um einem Andern dadurch zu schaden.[7] Denn wer sein Recht missbraucht, lediglich in der Absicht Andere zu schädigen, handelt unsittlich, ethisch verwerflich, und ein solcher die Unsittlichkeit in sich schliessender dolus macht schadensersatzpflichtig:

l. 1 § 12 D. de aqua et aquae pluviae arcendae 39,3:

„Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo

---

2. Pernice a. a. O. S. 219 sagt: „Man könnte vielleicht am einfachsten römisch von jedem bewussten schädigenden Verstosse gegen die bona fides sprechen."

3. Seuffert: Archiv Bd. 32 n. 204; Bd. 35 n. 273; Bd. 37 n. 292; Bd. 45 n. 167.

4. u. 5. Pernice a. a. O. S. 220, 222.

6. l. 55 D. de R. I. 50, 17: nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur."

7. Windscheid I § 121. Dernburg I S. 92. Brinz I § 132 S. 480. Pernice a. a. O. S. 48 ff. Vangerow: Pandekten I § 297 A. 1.

actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.[8]

Unzweifelhaft ist der Eigentümer befugt, um zu seinen Bedürfnissen, z. B. der Verbesserung seines Bodens, Wasser zu erlangen, beliebig tief zu graben, auch wenn dadurch dem Nachbarbrunnen das Wasser entzogen würde. Thut er dies aber ohne alles eigene Interesse, lediglich um den Nachbar zu ärgern und zu benachteiligen, so ist diese Handlung eine hinterlistige machinatio, die als dolus geahndet wird.

2. Wird durch eine machinatio die zwischen zwei Personen bestehende obligatio aufgehoben, so ist nach den in den Quellen gegebenen Beispielen der Machinator ein ausserhalb des Kontraktverhältnisses stehender Dritter, was sich daraus erklärt, dass innerhalb des Obligationsverhältnisses der Machinator mit der sich aus dem Obligationsverhältnis ergebenden Klage haftbar gemacht wird. Es handelt sich in diesen Fällen meist um die Entziehung- oder die Zerstörung einer geschuldeten Sache, und diese Handlung charakterisiert sich als arglistige Veranstaltung, durch welche dem Befugten sein Recht entzogen wird.[9]

l. 18 § 5 D. de dolo malo 4,3:

„Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo actionem (mihi) in eum daudam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquliae actio tibi denegabitur.“[10, 11]

---

8. Siehe auch l. 2 § 5 u. 9 D. de aqua 39, 3; l. 58 D. de R. V. 6, 1; nov. 63 u. l. 3 pr. D. de op. publ. 50, 10. Vergl. auch Unterholzner: „Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen“ (Leipzig 1840) II § 705.

9. Pernice a. a. O. S. 220. Pernice: „Sachbeschädigung“ (Weimar 1867) S. 208 ff.

10. Die actio legis Aquiliae steht dem Eigentümer der Sache immer zu, auch wenn er gar kein Interesse hat, z. B. wenn über

3. Analog liegt ein dolus vor, wenn durch die machinatio eines Andern der Berechtigte seiner Befugnis verlustig geht, z. B. des Niessbrauchs durch mutatio rei:

l. 9 pr. D. si servitus vindicetur 8, 5:

„Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Julianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. sed si quidem nondum aedificavit, sive usumfructum, sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest, quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait."[12]

Oder durch Vorenthaltung eines Rechtes: l. 32 D. de dolo malo 4,3:

„Filius legatum sibi servum per praeceptionem rogatus manumittere post certum tempus, posteaquam rationes ipsi et coheredibus fratribus reddidisset, ante diem et

---

dieselbe schon ein Kaufkontrakt abgeschlossen ist. Sie soll hier nicht zugelassen werden, weil der Schuldner, der durch den Tod des Sklaven von seiner Schuld befreit ist, durch die Handlung des Dritten keinen Schaden erlitten hat, und weil dem Gläubiger die actio doli zusteht. S. Pernice: Labeo II S. 221 A. 1 u. Mommsen: „Beiträge zum Obligationenrecht (Braunschweig 1853) I S. 302. Siehe auch l. 19 u. 35 D. 4, 3. Windscheid II § 477 S. 736 A. 19.

11. Nach heutigem Recht hat der Schuldner das Klagerecht gegen den Schädiger. S. Seuffert: Pandekten II § 277 S. 116 No. 3 u. § 424 A. 7. S. 421. Vergl. l. 80 pr. in fine D. de furtis 47, 2. Dem Schuldner wird die Deliktsklage gegen den Dritten eingeräumt, weil er dem Gläubiger auf Prästation der Klage haftet. Mommsen: Beiträge I S. 302 A. 27 u. S. 35 A. 25.

12. Siehe auch l. 5 § 3 D. quibus modis usus fructus 7, 4.

ante redditas rationes ad libertatem vindicta manumittendo perduxerat: quaesitum est, an ex fideicommisso fratribus tenetur, ut rationes eorum pro portionibus redderet. respondi, cum liberum fecisset, ex causa quidem fideicommissi non teueri: verum si ideo properasset manumittere, ne rationes fratribus redderet, posse de dolo actionem in eum exercere. (i)[13]

Hier wird ein Sklave, welcher Rechnungsführer des Vaters gewesen ist, von einem der Söhne und Miterben, der ihn durch Präceptionslegat erhalten hatte, freigelassen, bevor er den Brüdern Rechnung gelegt hat. Erweist sich die voreilige Freilassung als hinterlistige Veranstaltung, um es den Miterben unmöglich zu machen, einen sicheren Einblick in den Bestand der Erbschaftsmasse zu erhalten, und sie pekuniär zu schädigen, so liegt der Thatbestand des dolus vor.

Ebenso ist der Thatbestand des dolus gegeben, wenn dem Berechtigten durch die machinatio eines Andern, durch absichtliches Beschädigen oder Zerstören von Sachen ohne Wert mittelbar[14] oder durch absichtliches Vorenthalten von Sachen unmittelbar Schaden zugefügt wird,[15] oder wenn der Berechtigte seinen Anspruch aus einem Kaufvertrage durch die Arglist eines Dritten verliert.[16]

In diesen Rahmen gehören auch die Fälle, in denen durch Umtriebe eines Dritten der glückliche Ausgang von Geschäften, Rechtsstreitigkeiten, Unternehmungen u. dergl. vereitelt wird.[17]

---

13. Siehe auch l. 9 § 2 u. l. 38 eod.

14. l. 35 D. de dolo malo 4, 3. Siehe auch Seuffert: Pandekten II § 424 u. III § 549 A. 3.

15. l. 9 § 2 D. de dolo malo 4, 3.

16. l. 5 pr. D. si mensor 11, 6. Siehe auch Unterholzner a. a. O. § 705.

17. Kierulff in: „Entscheidung des O. A. G. zu Lübeck" (II. Jahrgang 1866) Bd. II S. 293 ff. Windscheid: Pandekten II § 469.

Zum Thatbestand des dolus als hinterlistige Veranstaltung gehört mithin:

Auf der Seite des Betrügers eine wissentlich rechtswidrige, schädigende Veranstaltung.

Auf der Seite des Betrogenen ein eingetretener vermögensrechtlicher Schade.

§ 10.

C. Betrügerische Ratschläge und Empfehlungen.

Bei ausserkontraktlichen Verhältnissen findet sich der dolus mit simulatio in den Fällen, bei denen es sich um einen betrügerischen Rat oder um eine betrügerische Empfehlung eines Dritten handelt.

Der Rat unterscheidet sich vom Mandat insofern, als er 1. in eigenen Angelegenheiten des Ratsuchenden erteilt wird, und der Ratgeber kein weiteres Interesse dabei hat, während das Mandat sowohl im Interesse des Mandanten als des Mandatars oder eines Dritten erfolgt. Ein blosser Rat bewirkt daher 2. kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Erteiler und dem Empfänger desselben; denn der den Rat Empfangende ist nicht verpflichtet, den Rat zu befolgen, und der ihn Erteilende ist nicht verbunden, für die nachteiligen Folgen einzustehen, wenn der erstere wirklich gemäss dem Rat gehandelt hat.

Ebenso erzeugt auch eine blosse Empfehlung, durch welche einem Andern die guten Eigenschaften einer Person oder einer Sache gerühmt werden in der Absicht, denselben dadurch zu etwas zu bestimmen, keine Verbindlichkeit.[1]

Seuffert: Pandekten II § 424. Pernice: Labeo II S. 222. Vergl. l. 7 § 9, l. 14, l. 18 § 4, l. 24 D. de dolo malo 4, 3; l. 8 § 1 D. mandati 17, 1.

1. Siehe l. 12 § 12 D. mandati 17, 1; l. 43 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 2 D. de proxeneticis 50, 14.

Es wird mithin durch blosse Ratschläge oder Empfehlungen keine obligatio mandati begründet.[2] Befolgt sie derjenige, an den sie gerichtet sind, und erleidet er dadurch Schaden, so ist der Ratende oder Empfehlende zum Ersatz desselben nur verbunden, wenn er wissentlich und in arglistiger Absicht den Rat erteilt oder die Empfehlung gegeben hat, um in dem Andern einen Irrtum über die Eigenschaften einer Person[3] oder Sache zu erregen oder den schon vorhandenen Irrtum zu unterhalten, lediglich um ihn dadurch zu einer ihn schädigenden Willensbestimmung zu bringen:

l. 47 pr. D. de R. I. 50, 17:

„Consilii non fraudulenti non obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit."

Danach erzeugt der Rat eine obligatio nur, wenn fraus-Täuschung[4] und calliditas-schlaue List dazukommt. Also die durch Arglist herbeigeführte Täuschung ergiebt im Kausalnexus mit der den Ratempfänger schädigenden Willensbestimmung den Thatbestand des dolus. Auch hier wirkt, wie bei dem dolus in kontraktlichen Verhältnissen, der Wille des zu Betrügenden zur Vollendung des Betruges mit.

Es greifen hier die oben gegebenen näheren Ausführungen über den Irrtum (siehe auch Kausalnexus mit Irrtum und Willenserklärung § 5) insoweit platz, als der Irrtum sowohl durch Vorspiegelung falscher als durch Ver-

2. Seuffert: Pandekten 335 S. 244. Glück: Kommentar Bd. XV S. 366 fg. Vangerow a. a. O. III § 659 A. 2. Sintenis II § 113 S. 574. Windscheid II § 412 A. 21. Dernburg II S. 319 § 115. Hänel: Archiv für civilistische Praxis Bd. XII S. 413 fg.

3. Unter Eigenschaften einer Person ist unter Umständen auch der Nichtbesitz von Zahlungsmitteln zu rechnen. Siehe R. G. E. Bd. XII S. 102 ff.

4. Davon abgeleitet frandare, frandatio. Siehe Pernice: Labeo II S. 212.

heimlichung wahrer Thatsachen[5] erzeugt werden kann und es auch hier nicht darauf ankommt, ob der Irrtum des Getäuschten ein entschuldbarer oder unentschuldbarer ist. Entscheidend ist nur, dass ein Irrtum wissentlich erregt oder unterhalten ist, und dass die schädigende Willenserklärung im Kausalzusammenhange mit dem durch den Raterteiler hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtum steht. Dabei ist es ebenfalls gleichgiltig, ob der dolos Handelnde einen Vorteil für sich oder einen Dritten bezweckt; in seiner Person ist allein die auf des Andern Nachteil gerichtete böse Absicht wesentlich:

l. 9 § 1 D. de dolo malo 4, 3:

„Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris."[6]

Wenn der Raterteilende wusste, dass die Erbschaft lukrativ war, trotzdem aber, um den Erben zu schädigen, in ihm den gegenteiligen Irrtum erweckte oder unterhielt und dieser infolge desselben die Erbschaft ausschlug, so haftet er dem Geschädigten mit der actio doli, ebenso wenn er zur Anschaffung einer Sache riet, über deren Wert er den Ratsuchenden absichtlich täuschte und die Täuschung zur Willensbestimmung führte.

Auch eine Empfehlung (commendatio) oder Auskunftserteilung — z. B. eine bestimmte Person sei geeignet, um mit ihr ein faktisches oder rechtliches Verhältnis zu begründen, insbesondere ihr Kredit zu geben, — macht an sich nicht verantwortlich für die aus denselben entstehenden Folgen. Nur wenn die Empfehlung oder die Erteilung der

---

5. **Unterholzner** a. a. O. S. 76.
6. Siehe auch l. 40 u. l. 4 eodem.

Auskunft auf einer Böswilligkeit beruht, liegt ein dolus vor:[7]
l. 7 § 10 D. de dolo malo 4, 3:

„Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverit idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari"[8] und

l. 8 D. eodem:

„Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.[9]

Zur Substanziierung der Klage gehört nicht, dass der Schade schon eingetreten ist; es genügt vielmehr, dass er möglicherweise eintreten kann.

---

7. Seuffert: Archiv Bd. 29 No. 26. Siehe auch R. G. E. Bd. 27 No. 28 S. 120 fg. Der innerliche Vorgang wird im Leugnungsfalle nicht anders als durch Eid zu beweisen sein. Siehe Sintenis II § 113 A. 16 S. 577.

8. Siehe auch l. 2 D. eodem.

9. Pernice: Labeo II S. 222: „Ein blosses Zureden oder Versichern bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts macht nicht ohne Weiteres mit der actio doli haftbar; es muss noch eine besondere calliditas oder fallacia, z. B. der Eid, hinzukommen. Hat aber die Rederei zu einem falschen Urteil geführt, dann ist die actio doli ohne Weiteres begründet." l. 20 § 1, l. 21 D. 4, 3.

II. Abteilung.

Rechtliche Wirkungen des Betruges.

I. Beim Dolus in kontraktlichen Verhältnissen.

§ 11.

Einleitung.

Ein charakteristisches Merkmal des Betruges in kontraktlichen Verhältnissen ist die Mitwirkung des eigenen Willens des zu Betrügenden.[1] Kraft seines Willens kommt eine Einigung der Parteien und somit ein rechtlich giltiger Vertrag zustande.

Bei der Streitfrage, ob der Betrug beim Vertragsabschlusse Nichtigkeit[2] des Vertrages zur Folge habe oder nicht, hat sich die herrschende Meinung dafür erklärt, dass der mit dem Willen des Betrogenen zum Abschluss gekommene Vertrag, abgesehen von andern Nichtigkeitsgründen, wie wesentlicher Irrtum etc., nicht nichtig sei.[3]

---

1. Dieses charakteristische Merkmal des Betruges in kontraktl. Verhältnissen findet sich in ausserkontraktl. Verhältnissen nur bei betrügerischen Ratschlägen und Empfehlungen. Siehe S. 46.

2. Bei einem nichtigen Rechtsgeschäft ist eine Reaktion gegen dasselbe unnötig. Eine Nichtigkeitsklage hat nur Sinn als Präjudizialklage, d. h. als Klage auf Deklaration der Nichtigkeit. Ist das Rechtsgeschäft dagegen nicht nichtig, dann kann seine Wirksamkeit durch eine Klage ausgeschlossen werden. Vergl. Windscheid § 82 S. 197 a. E. u. Note 6. Siehe auch Brinz-Lotmar IV § 588 S. 436 fg.

3. Ziegler a. a. O. S. 31.

Bei negotia stricti juris, welche das heutige Recht im Sinne des römischen Rechtes nicht kennt, war weder der Kontrakt nichtig, noch konnte wegen des beim Kontraktabschlusse begangenen Betruges eine Kontraktsklage angestellt werden. Nur wenn dem Kontrakte die clausula doli: „dolum malum abesse et abfuturum esse"[4] hinzugefügt war, konnte dem Betrogenen mittels der actio ex stipulatu geholfen werden.[5]

Dagegen bei contractus bonae fidei soll nach der früher herrschenden Lehre zwischen dolus causam dans und dolus incidens unterschieden werden, wenn sich ein Kontrahent bei Eingehung eines solchen Kontraktes eines Betruges schuldig gemacht hat, und zwar soll danach bei dolus causam dans Nichtigkeit des Kontraktes eintreten, bei dolus incidens aber nur ein Anspruch auf Entschädigung entstehen.[6] Unter dolus causam dans wird der dolus verstanden, der die Veranlassung zur Eingehung des Kontraktes gegeben hat, und unter dolus incidens der, welcher bei Gelegenheit desselben begangen war und eine bestimmte Modalität des Kontrakes veranlasste.[7] Doch seit Noodt (de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi apud veteres liber) verwerfen verschiedene Rechtsgelehrte[8] diese Unterscheidung und erklären, dass der Betrug in dem einen wie in dem andern Falle den Kontrakt nichtig mache. Die meisten neueren Juristen aber entscheiden sich gegen das Prinzip der allgemeinen Nichtigkeit.[9]

4. l. 1 § 4, l. 7 § 3 D. de dolo malo 4, 3; l. 31 D. de recept. 4, 8; l. 22, l. 38 § 13, l. 53, l. 119, l. 121 pr. u. § 3 D. de V. O. 45, 1.

5. Vangerow III § 605 A. 1; I § 185 A. 1.

6. Vergl. Glück IV S. 113 fg.

7. Ziegler a. a. O. S. 24 u. S. 45 ff.

8. Glück IV S. 115 die Note 8 Zitierten.

9. Absolut nichtig sind nur bestimmte unmoralische Verträge. Siehe Lotmar: „Der unmoralische Vertrag" (Leipzig 1896) S. 52.

Gegen das Nullitätsprinzip sprechen folgende Erwägungen:

1. Der Hauptgrund dafür, dass ein durch Betrug abgeschlossenes Rechtsgeschäft rechtlich Bestand habe, ist der oben angeführte, dass es mit dem Willen des Betrogenen zur Existenz gelangt ist. Dieser Grund ist ein allgemeiner und gilt nicht bloss von Verträgen sondern auch von einseitigen Rechtsgeschäften. Sodann sind:

2. positive sichere Beweisgründe:

a) Wäre der Vertrag nichtig, dann müsste die exceptio doli specialis als Nichtigkeitseinrede gegen jeden Dritten, der Rechte für sich aus dem Vertrage ableiten will, vorgebracht werden können.[10] Die Einrede aus dem Betruge kann aber nur wirksam dem Betrüger selbst entgegengehalten werden.[11]

b) Eine aus einem Betruge herrührende Forderung kann mit voller Wirkung noviert und delegiert werden.[12]

c) Der betrügerische Käufer einer Sache erhält Eigentum an derselben. Deshalb steht dem betrogenen Verkäufer nicht die rei vindicatio zu; er kann sich nur ex vendito an den Käufer halten.[13]

d) Der Betrüger selbst ist an den Kontrakt gebunden.

---

10. Vergl. Vangerow III § 575 S. 115 fg. Windscheid II § 332 A. 5.

11. Ziegler a. a. O. S. 30. Vangerow III § 605 S. 275 fg. Anders ist es bei bereicherndem Erwerb. Siehe l. 4 § 31 D. de dol. m. exceptione 44, 4.

12. l. 12 u. l. 19 D. nov. et deleg. 46, 2. Eine Novation und Delegation setzt eine giltige Obligation voraus. Siehe auch l. 4, §§ 27—33 D. de doli mali exc. 44,4. Sintenis I § 22 A. 13, S. 190. Burchardi a. a. O. S. 324 ff. Schneider: „Die allgemeinen subsidiären Klagen“ (1834) S. 322 ff.

13. l. 10 C. de rescind. vend. 4,44; l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19, 1.

Es hängt lediglich von dem Betrogenen ab, ob er ihn bestehen lassen will oder nicht.[14]

In den Quellen finden sich aber Stellen, in denen von vornherein vollständige Nichtigkeit des Kontraktes ausnahmsweise anerkannt zu sein scheint:

1. Haben beide Kontrahenten sich einer betrügerischen Handlung schuldig gemacht, so kann keiner gegen den Andern auf Erfüllung des Kontraktes klagen:

l. 36 D. de dolo malo 4, 3:

„Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent."[15]

2. Ist jemand durch Betrug zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrages bewogen worden, so ist der Vertrag ipso jure nichtig:

l. 3. § 3 D. pro socio 17, 2:

„Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo."

Aber diese Ausnahmen[16] sind m. E. nur scheinbar Ausnahmen; denn aus ihnen lässt sich die Nichtigkeit eines eingegangenen Vertrages wegen Betruges nicht absolut folgern.

Der ersten Stelle ist nur zu entnehmen, dass, wenn beide Kontrahenten bei Eingehung des Vertrages betrügerisch verfahren sind, keiner wirksam gegen den andern klagen kann. Klagte z. B. der eine Kontrahent ex contractu, so würde ihm von dem andern die exceptio doli specialis entgegengehalten werden, und dieser gegenüber giebt es keine replicatio doli; mithin würde seine Klage unwirksam sein.

Die zweite Stelle ist ebenfalls kein Beweis für die Nichtigkeitstheorie und somit auch nicht als eine Ausnahme[16]

14. l. 30 C. de transactione 2, 4. Vgl. auch l. 13 §§ 27, 28 D. de A. E. V. 19, 1.

15. l. 4 § 13 D. de d. m. exc. 44, 4.

16. Sintenis I § 22 S. 190 A. 13 No. 3.

zu betrachten. Vergleichen wir die citierte l. 3 § 3 D. 17, 2 mit l. 17 § 2 D. eodem:

„In societate autem coeunda nihil attinet de renunciatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit,"

so ergiebt sich aus dem „ipso iure" beider Citate, dass der betrogene Socius durch das ius civile selbst gegen jeden Nachteil aus einer arglistig herbeigeführten Societät geschützt ist, z. B. durch die officio judicis zu beachtende bona fides,[17] wenn er belangt wird, resp. actio pro socio, falls er bereits etwas geleistet hat und Schadensersatz oder Restitution erstrebt. Er ist geschützt wie der eine Gesellschafter gegen eine unzeitige Kündigung des andern, auch wenn nichts über eine solche ausgemacht ist. Der Ausdruck „nullius momenti" kann danach so ausgelegt werden, dass eine betrüglich abgeschlossene Societät ipso iure civilrechtlich unwirksam gemacht wird.[18]

---

17. Bonae fidei iudiciis inest exceptio doli. Siehe unten § 16.

18. Vangerow III § 605 S. 278 fg. vergleicht l. 3 § 3 cit. mit l. 16 § 1 D. de minor. 4, 4: „Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem, et ideo cessare partes praetoris. idem et Ofilius respondit; satis enim ipso jure munitus est" und meint, dass sich hieraus „höchstens" für die Societät die Nichtigkeit wegen dolus ableiten lasse, und eine solche Ausnahme würde in dem besonderen Charakter dieses Vertrages, der ja auch manche anderen Eigenheiten hat, seine genügende Erklärung finden." Regelsberger: Pandekten I S. 536 A. 2 sagt, die Ausdrücke „nullam esse venditionem (l. 7 pr. D. 4, 3), nullam societatem" — „erklären sich aus der Erfolglosigkeit der bonae fidei actio." Siehe Brinz-Lotmar IV § 588 A. 62 (S. 437). Burchardi a. a. O. S. 335 ff. Ziegler a. a. O. S. 26 fg. Windscheid I § 78 A. 6 u. § 82 A. 2. Scheurl: „Das gemeine deutsche Eherecht" (1882) S. 145 ff. R. G. E. Bd. 5 No. 46 S. 177, Bd. 18 No. 45 S. 223.

Eine wichtige Belegstelle gegen das Nullitätsprinzip ist l. 5 C. de rescind. vend. 4, 44:

„Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huismodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit."

Hier wird deutlich gesagt, dass der betrügerisch veranlasste Verkauf des Grundstücks rescindiert wird. Wäre er von vornherein nichtig, so bedürfte er nicht der richterlichen Auflösung.

Wie die Nullitätstheorie so ist auch die Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens an der Hand der Quellen nicht überzeugend zu erweisen.

§ 12.

Dolus causam dans und dolus incidens.

Noodt, der behauptet, dass bonae fidei negotia wegen jeden dolus und nicht bloss wegen eines dolus causam dans ipso iure nichtig seien,[1] bekämpfte die von den Glossatoren aus den Quellen hergeleitete Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens.

Die Verfechter der Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages im Falle eines dolus causam dans, welche sich damit als Anhänger der Unterscheidungslehre bekennen,[2] stützen sich hauptsächlich auf l. 7 pr. D. de dolo mato 4, 3:

1. Sintenis I § 22 A. 13 S. 189.

2. An der Unterscheidung halten die meisten Pandektenlehrbücher fest, z. B.: Regelsberger I § 146 III, 2 S. 537 fg. Er giebt aber zu, dass die innern Gründe stärker seien als der Quellenbeweis. Seuffert II § 261 S. 73 fg. Sintenis I § 22 A. 13 S. 190. Vangerow III § 605 A. 1 S. 275. Windscheid I § 78 A. 5 S. 187 u. A. 7 S. 188. Gegen die Unterscheidung ist Dernburg I § 104 A. 11 S. 248. Er erklärt sie für quellenwidrig.

„Et eleganter Pomponius haec verba: „si alia actio non sit", sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis XXV consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere."

Es soll hier keine Interpretation dieser vielumstrittenen Stelle[3] versucht, sondern nur nachgewiesen werden, dass sie kein Beweis für die Unterscheidungslehre ist.

Ein Minderjähriger wird durch den Betrug seines Sklaven veranlasst, ihn samt seinem Pekulium zu verkaufen. Die beiden Kontrahenten schliessen den Kaufvertrag.

Nun sagt Julian: „nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est." Hier kann nur angenommen werden, dass der Verkäufer durch den Sklaven in einen wesentlichen Irrtum versetzt war, und dass Julian den Vertrag ex capite erroris für nichtig erklärt. Ist nun dadurch der Schaden des Betrogenen nicht aufgehoben, so steht ihm noch die actio doli gegen den Betrüger zu.[4] Die Nichtigkeit des Vertrages wegen eines dolus causam dans ist ausgeschlossen, weil in obigem Falle der Betrug eines Nichtpaziszenten vorliegt.[5]

3. Siehe die Interpretation dieser Pandektenstelle bei Burchardi S. 343 fg. Vangerow III § 605 S. 277 fg. Ziegler a. a. O. S. 25 fg.

4. Vangerow III § 605 A. 1 No. 6 S. 279.

5. Die Begriffe dolus causam dans u. dolus incidens werden immer nur auf die Fälle bezogen, in denen ein Kontrahent den

In l. 12 § 1 D. de iure dot. 23, 3 glaubte man den dolus, qui causam dans dedit contractui und seinen Gegensatz, den dolus, qui non causam dedit contractui (dolus incidens) charakterisiert zu finden:

„Si mulier se dicat cirvumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam, ut servus sibi restituatur."

In obiger Stelle ist aber von einem dotalrechtlichen Aestimationsvertrag die Rede, der von den sonstigen Verträgen verschieden ist, weil bei der Bestellung der dos die Frau durch das römische Recht besonders geschützt ist. Sie braucht den Aestimationsvertrag nicht gelten zu lassen und kann das Hingegebene zurückverlangen, wenn die versprochene Aestimationssumme dem wahren Wert der Sache nicht entspricht. Auch ist es unsicher, ob das „circumvenire" auf einen eigentlichen dolus oder auf ein circumvenire zu beziehen ist, wie es beim Kaufvertrage an sich nicht für verboten gilt.[6] Deshalb kann auf dieses Pandektenfragment kein besonderes Gewicht gelegt werden.

---

andern betrügt. — Noodt wollte die Worte: „aut nullam esse venditionem" etc. ausmerzen, weil sie garnicht zu dem Uebrigen passen. Diese Worte stehen aber in dem codex Florentinus, den sonstigen codices und den Basiliken. Nach Vangerow's Interpretation (III S. 277 fg.) dagegen passen sie sehr gut zu dem übrigen Inhalt der l. 7 cit. Er stellt zwar nicht in Abrede, dass die Worte „so obenhin betrachtet, eine äusserst scheinbare Stütze für die Theorie bilden, dass ein dolus causam dans den Vertrag vernichte; aber dieser Schein verschwindet bei genauerer Betrachtung vollständig."

6. l. 16 § 4 D. de minor. 4, 4. Mommsen: „Beiträge" II S. 109 A. 11. Sprenger: „Ueber dolus causam dans und dolus incidens" im Archiv für civ. Praxis Bd. 88 (N. F. 38 Bd. 1898) S. 372. Ziegler a. a. O. S. 28.

Die Unterscheidung erweist sich auch als unsicher[7] insofern, als der Beweis schwer zu erbringen sein dürfte, ob die betrügerische Handlung des einen Kontrahenten den andern zum Kontrakte veranlasst hat, oder ob dieser den Kontrakt auch ohne den hinzugekommenen Betrug, aber unter anderen Bedingungen, abgeschlossen hätte, z. B. l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19, 1:

„Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur."

und l. 13 § 4 D. eodem:

„Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus."[8]

---

7. Richelmann: „Der Einfluss des Irrtums auf Verträge" (1837) S. 135 A. meint, „die bisherige Einteilung in d. c. d. und d. incid. stützt sich mehr auf Autoritäten als auf die Quellen; sicher ist sie mehr theoretisch als praktisch."

8. In Hausers Annalen Bd. 3 S. 182—192 wird ein Fall mitgeteilt, bei dessen Entscheidung die Instanzgerichte nur ein Recht auf Schadensersatz für begründet erachteten, weil der Betrug nur die Modalitäten des Vertrages berühre. Dagegen hat das Oberappellationsgericht zu Kassel einen dolus causam dans angenommen und in der Begründung bemerkt, dass die l. 13 cit. dem nicht entgegenstehe; denn 1. sei darin nicht gesagt, dass in dem dargestellten Falle die Anfechtung des Vertrages als ungiltig nicht auch stattfinde, und 2. stehe in demselben die Benachteiligung in Relation auf bestimmte Gegenstände, nach deren Wert die Grösse des Schadens sich bemessen lasse. Es citiert insbesondere noch l. 4 C. de her. vend. 4, 39.

Im ersten Falle wird der Käufer über die Jungfräulichkeit einer Sklavin, im zweiten über die Kunstfertigkeit eines Sklaven getäuscht. Dort wird wegen des Betrugseinflusses eine Rescissionsklage, hier nur eine Schadensdifferenzklage gewährt. Von den Verfechtern der Unterscheidungslehre wird angenommen, dies geschehe, weil der dolus des Verkäufers dort causam dedit, hier incidit contractui. Nun kann aber eine Täuschung über die Kunstfertigkeit eines Sklaven ebensowohl causam dans sein wie die Täuschung über die Jungfräulichkeit einer Sklavin, und somit ist anzunehmen, dass die beiden Fragmente nur sagen sollen, dass dem Betrogenen beide Petita offen stehen[9] je nachdem das Interesse desselben eine Auflösung des Kontraktes oder einen Schadensersatz erfordert.

Zum Beweise der Verschiedenheit der Auffassung bei der Entscheidung, ob in dem vorliegenden Falle der dolus causam dedit oder incidit contractui, mögen zwei gemeinrechtlich begründete Entscheidungen dienen, die in Seufferts Archiv Band 36 No. 177 und Band 18 No. 235 mitgeteilt sind.

Der erste Fall war folgender:

„Eine auf Rescission eines Tauschvertrages gerichtete Klage wurde auf die Behauptung gegründet, dass die Kläger durch die falsche Versicherung des Beklagten, der in dem eingetauschten Hause eine Wirtschaft ausübende Pächter bezahle einen jährlichen festen Pachtschilling von 2500 Mark, bestimmt worden seien, die im Vertrage stipulierte Tauschaufgabesumme von 2300 Mark zu versprechen." Die Instanzgerichte nahmen hier einen dolus causam dans an, davon ausgehend, „dass die Vorspiegelung, deren der Beklagte bezichtigt wird, für die Festsetzung der Tauschaufgabesumme bestimmend war." Das oberste Landesge-

9. **Dernburg** I § 104 A. 11 S. 248 u. 249. **Sprenger** a. a. O. S. 370 fg. Dagegen **Seufferts Archiv** Bd. 43 No. 184.

richt für Baiern wies die Rescissionsklage als unbegründet ab mit folgenden Worten: „Nach gemeinem Recht kann ein begründeter Zweifel nicht bestehen, dass ein dolus, welcher lediglich für die Feststellung der Grösse des Kaufpreises, welchem hier die Tauschaufgabesumme gleichsteht, bestimmend war, nur als dolus incidens in Betracht kommen kann. Denn in solchem Falle hatte der dolus nicht den Vertrag selbst veranlasst, sondern die gegenwärtige Modifikation desselben.[10]" Es beruft sich ausser auf die oben allegierten Fragmente hauptsächlich auf die Digestenstelle l. 49 pr. de A. E. V. 19, 1, die einen adäquaten Fall enthalte. Diese Stelle lautet:

„Qui per collusionem imaginarium colonum circumveniendi emptoris causa subposuit, ex empto tenetur nec defenditur, si, quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat." [10]

Der Verkäufer eines Grundstücks hatte im betrügerischen Einverständnis mit einem Dritten diesen als angeblichen Pächter vorgeschoben, damit der Käufer nach der hohen Pachtsumme den Grundstückswert beurteilen möchte. Um die Täuschung leichter zu verdecken, hatte er für fünfjährige Pachtgelder gutgesagt.

Diese Stelle hat nach Sprenger[11] „garnicht den Zweck, den Gegensatz von dolus causam dans und dolus incidens in die Augen treten zu lassen.[12] In ihr ist nur bemerkt,

---

10. Siehe auch Glück IV S. 122; Seuffert: Pandekten II § 325; Windscheid I § 78 A. 7 und Seufferts Archiv Bd. 36 No. 6. Dagegen Sprenger a. a. O. S. 374 ff.

11. A. a. O. S. 376.

12. Ebensowenig ist an eine Unterscheidung gedacht in der noch vom bairischen obersten Landesgericht als Belegstelle für dolus incidens herangezogenen l. 32 D. 19, 1: „Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in mode me

dass der Verkäufer ex empto hafte und zwar auch dann, wenn der Verkäufer für fünfjährige Zahlung des hohen Pachtpreises Bürgschaft leiste." Denn der Schaden aus dem zu hohen Kaufpretium wird durch diese Garantie nicht ausgeglichen. Der Jurist will also nur aussprechen, dass der Verkäufer trotz der Garantieleistung ex empto wegen seines dolus hafte.[12]

Diese lex 49 cit. hat nun das Oberamtsgericht Lübeck als Belegstelle für dolus causam dans angeführt[13] bei der Anfechtung eines Kaufkontraktes von Seiten des Käufers wegen Täuschung über den Wert des gekauften Hauses durch falsche Angabe des Verkäufers über den Mietertrag desselben und folgender Erwägung stattgegeben: „Es kommt auf die Frage an, ob der Kläger sich seine Meinung von dem Werte des Hauses nach der Angabe des Beklagten über den Mietertrag habe bilden dürfen und voraussichtlich gebildet hat, ob also in jenen Angaben der Grund zu einer irrtümlichen Veranschlagung des Preises gefunden werden müsse." Die l. 49 bestätigt nach der Auffassung des Oberamtsgerichts die Annahme, dass dem Käufer eines Miethauses ein Hauptmoment für die Schätzung des Wertes die Höhe des Mietzinses sein müsse. „Eine Täuschung über den Mehrertrag schliesst auch eine Täuschung über den vorausgesetzten Sachwert in sich."

Hieraus ist zu ersehen, dass die Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens keine absolute ist. Wenn auch die Täuschung zunächst sich nur auf den

---

falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit." Glück IV S. 125 sieht in dieser lex mit Unrecht einen Beweis für die Unterscheidung von d. c. d. und d. incid. Siehe dagegen Sprenger a. a. O. A. 35 S. 382.

13. Seufferts Archiv, Bd. 18 Nr. 235.

Preis bezieht, so kann sie gleichwohl nach den Umständen den Abschluss des Vertrages selbst veranlasst haben, so dass ohne solche das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre.[14]

Die Unterscheidung ist aber eine überflüssige. sobald man die Unhaltbarkeit der Nichtigkeitstheorie im Falle eines dolus causam dans anerkennt und die Notwendigkeit des Beweises eines Kausalzusammenhanges zwischen Irrtum und Willenserklärung verwirft. Denn ist der von einem Betrug inficierte Vertrag einer Reaktion unterworfen, gleichviel ob der betrogene Kontrahent infolge des Betruges zur Eingehung des Geschäftes überhaupt oder zur Eingehung hinsichtlich der Modalitäten desselben veranlasst worden ist, so wird es in erster Linie dem Betrogenen zu überlassen sein, ob und in welchem Umfange er von der Reaktion Gebrauch machen will.[15] Verlangt er z. B. Aufhebung des Vertrages, so hat der Betrogene nach Feststellung des Betruges darzuthun, dass sein Interesse die Rescission erfordere. Von den Umständen des konkreten Falles und beziehungsweise von der Intensität des Betruges hängt es dann lediglich ab, ob eine Umstossung des Vertrages erforderlich ist. Insofern beruht die Rescission nicht auf dem nackten Willen des Betrogenen allein, sondern auf dem Nachweise, dass sein Interesse gerade diese Wirkung erfordere.[16] Erhebt der Betrogene aber die

14. Siehe Begründung des Urteils des obersten L. G. für Baiern in Seufferts Archiv, Bd. 36 Nr. 177.

15. Die Ansicht Zieglers (a. a. O. S. 52, s. auch S. 50), dass in jedem Falle, sowohl bei d. c. d. als d. incid. der Betrüger Auflösung des Vertrages verlangen kann, dass dagegen dem Betrogenen dieses Recht nur im Falle eines d. c. d. und hier nur, insofern sein gegenwärtiges Interesse es erfordert, zustehen soll, ist entschieden irrig. Er hat den Quellenbeweis seiner Behauptung auch nicht geführt.

16. Bechmann: „System des Kaufs" II (Erlangen 1884) S. 303. Burchardi a. a. O. S. 333.

Schadensklage, so kommt es bei der Prüfung nur darauf an, ob die Kausalität zwischen dem dolosen Verhalten und dem Schaden und die für den Umfang des Schadens erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen vorhanden sind.[17] Es wird dann dem Betrogenen aller und jeder Schaden ersetzt, der nachweislich die wirkliche Folge der betrügerischen Handlung ist.

§ 13.

Interesse und Interesseleistung.

Aus dem Betruge entsteht für den Betrogenen ein Anspruch auf Interesseleistung, auf Ersatz des ihm an seinem Vermögen zugefügten Schadens.[1] Ihm ist zu ersetzen: omne id, quod interest, d. h. der Wert des beschädigten Gutes, der verlorene oder entgangene Vorteil. Denn Interesse haben heisst im juristischen Sinne einen Vorteil[2] ins Auge fassen, der von dem Eintritt einer Thatsache bedingt und abhängig erscheint. Tritt nun diese Thatsache nicht oder anders ein als erwartet und gewollt wurde, so ist das Interesse verletzt. Das Interesse besteht somit vor der Verletzung, und deshalb scheidet das Moment der Verletzung aus dem Begriff des Interesse aus. Das Interesse erfordert aber stets eine Beziehung zu einer bestimmten Person, und nach dem ins Auge gefassten Vorteil, der eingetretenen Thatsache und der gegebenen Person richtet sich die Bestimmung des Interesse. Es umfasst somit alles, was der

---

17. Sprenger a. a. O. S. 370. Siehe hierüber Mommsen: „Erörterungen" S. 162 ff.

1. Dernburg II § 45, S 124: „Der Begriff des Schadens ist hier im weiteren Sinne zu nehmen."

2. Unter „Vorteil" ist hier nicht bloss Erlangung eines Vermögensvorteils, sondern auch die Abwendung von Vermögensnachteil zu verstehen.

bestimmten Person daran liegt, dass die Beschädigung nicht erfolgt wäre.[3]

Dies ergiebt sich aus folgenden Pandektenstellen:

l. 11 pr. D. de minor. 4, 4:

„verum . . , de dolo . . . actio erit in id, quod minoris interfuit (hominem) non manumitti: perinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur . . ."

Ferner l. 1 § 41 D. de vi 43, 16:

„. . . . omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui . . . . eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse,"

und l. 15 § 7 D. quod vi aut elam 43, 24:

„. . . . quanti actoris interest id opus factum (non) esse, officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est . . . factum (non) esset."

Hier wird gesagt, dass das Interesse in alledem besteht, was jemand erlangt oder erhalten haben würde, wenn die schädigende Thatsache nicht erfolgt wäre.

In l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1 giebt uns Modestinus ein Beispiel für die Bestimmung des Interesse eines Betrogenen.[4]

„Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur."[5]

---

3. Dernburg II, § 44, S. 124. Ziegler a. a. O. S. 39. Mommsen: Beiträge II, S. 1 ff. Seuffert: Pandekten I, § 67, S. 79. Windscheid II, § 257, S. 27 fg. Brinz II, § 281a u. § 281b S. 347 ff. Cohnfeld: „Die Lehre vom Interesse" (Leipz. 1865) S. 1 ff. u. S. 56 fg.

4. Siehe Ziegler a. a. O. S. 42 fg.

5. Vergl. § 5 Inst. 3, 23: „Loca sacra vel religiosa, item publica,

Ferner Paulus in l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19, 1:

„Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum.“[6]

Von dem Interesse zu unterscheiden ist die Interesseleistung. Zum Begriffe derselben gehört wesentlich das Moment der Beschädigung; denn nach dem grösseren oder geringeren Grade der Beschädigung richtet sich der Ausgleich, die Interesseleistung. Dagegen ist der Grad der Verschuldung nur bei der Frage von Bedeutung, ob im konkreten Falle eine Verpflichtung zur Interesseleistung überhaupt besteht.[7] Liegt ein dolus vor, so ist stets die Verpflichtung zur Interesseleistung gegeben. Aber obgleich die nachteiligen Folgen des dolus in einzelnen Fällen sehr verschiedene sein können, so rechtfertigen dieselben doch nicht, verschiedene Arten des Interesse anzunehmen. „In allen Fällen liegt vielmehr derselbe Begriff des Interesse zu Grunde, und demgemäss ist auch die Berechnung ihrer wesentlichen Grundlage nach dieselbe.“[8]

§ 14.

Umfang und Berechnung der Interesseleistung.

Der Umfang der Interesseleistung bestimmt sich nach dem Einfluss des Betruges auf das Vermögen des Geschädigten, je nachdem im konkreten Falle die verpflich-

---

veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse.“

6. Ueber die Interpretation dieser schwierigen Stelle siehe Vangerow III, § 604, S. 267 fg. Sintenis II, § 86 A. 21. Cohnfeld a. a. O. S. 185 fg. Savigny: System III, S. 287, 289. Mommsen: Beiträge I, S. 208. Siehe ferner Ulpians Ausspruch in l 13 pr. §§ 1 u. 2 D. de A. C. V. 19, 1.

7. Ziegler a. a. O. S. 40.

8. Mommsen: Beiträge II S. 265.

tende Thatsache — der Betrug — auf den von der bestimmten Person ins Auge gefassten Vorteil nachteilig eingewirkt hat. Der Nachteil muss aber die wirkliche Folge der verpflichtenden Thatsache gewesen sein.[1] Je nach der besonderen Lage des gegebenen Falles wird sich der Umfang des Interesse verschieden gestalten.

In der oben allegierten l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19, 1 haben wir gesehen, dass das Interesse des Betrogenen Auflösung des Vertrages verlangte. Die Leistung des Interesse besteht demnach unter gewissen thatsächlichen Voraussetzungen in der Auflösung des Vertrages.

Nach l. 13 § 5 D. de A. E. V. 19, 1 besteht der Umfang der Interesseleistung in der Erhöhung des Kaufpreises:

„Per contrarium quoque idem Julianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Julianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent."

Hier hat jemand, nachdem er heimlich Erbschaftssachen entfernt hatte, den Erben in den Irrtum versetzt, dass die Erbschaft minderwertig sei, und ihn bewogen, ihm die Erbschaft zu verkaufen. Der Erbschaftskäufer soll nun die gekauften Sachen einbehalten, aber dem Verkäufer noch so viel entrichten, wieviel die Erbschaft wert gewesen wäre, wenn die andern Sachen nicht entfremdet worden wären.[2]

1. Ziegler a. a. O., S. 41. Mommsen: Beiträge II, S. 143.

2. Die l. 13 § 5 D. 19, 1 ist kein Beweis für dolus incidens. Hier konkurrieren zwei Delikte. Erst auf Grund des ersten Delikts — heimliche Entfremdung der Erbschaftssachen — ist das zweite, der Betrug, begangen worden, und so kann man annehmen, dass durch die Erhöhung des Kaufpreises dem Betrogenen nach den vorliegenden Thatsachen Genüge geschehen ist. — Siehe Sprenger a. a. O. S. 382.

Mit dieser Entscheidung des Julian ist aber nicht gesagt, dass, wenn nach den thatsächlichen Verhältnissen der Schaden mit der Preiserhöhung nicht gedeckt ist, doch nicht bei einer auf Rescission des Vertrages gerichteten Klage, trotz der Einwirkung des dolus auf die Preishöhe der verkauften Erbschaft, nach der besonderen Sachlage das Interesse des Betrogenen die Auflösung des Vertrages erfordere.[3] Als zur vollen Interesseleistung gehörig ergäbe sich dann, dass dem Betrogenen die heimlich entfremdeten Sachen redhibiert würden, oder Schadensersatz geleistet würde.

Der Umfang der Interessenleistung kann in einzelnen Fällen über die blosse Rescission des Vertrages hinausgehen; denn es sind alle Folgen des Vertragsabschlusses eben Folgen des Betruges, weil ohne den Betrug der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Wenn z. B. der Verkäufer wissentlich mit einer ansteckenden Krankheit behaftete Tiere für gesunde verkauft hat, so wird nicht bloss der betrüglich erschlichene Vertrag rescindiert, sondern der Verkäufer haftet nach l. 13 pr. D. de A. E. V. 19,1 für allen nach dem Verkaufe eingetretenen Schaden, so für den Wert der infizierten Tiere, Stallungen etc.

Die Feststellung aller aus dem Betruge sich ergebenden und durch die Interesseleistung zu ersetzenden Nachteile wird Berechnung der Interesseleistung genannt. Die wesentlichen Grundsätze bei derselben sind folgende:

Der Schaden, damnum emergens und lucrum cessans,[4] den der Betrogene ersetzt verlangt, muss seinen Grund in der beschädigenden Thatsache haben. Die zum Ersatz verpflichtende Thatsache (in unserm Falle der dolus) kann entweder den Schaden unmittelbar herbeiführen, oder der Schaden kann unter Mitwirkung anderer Umstände —

3. Sprenger a. a. O. S. 382 fg.

4. Ueber lucrum cessans siehe Brinz II § 281b. S. 355 fg.

mittelbar — eintreten.[5] Diese anderen Umstände müssen aber derartige sein, dass sie ohne die zum Ersatz verpflichtende Thatsache nicht eingetreten wären. Der dolose Beklagte kann sich jedoch nicht darauf berufen, dass der mittelbar eingetretene Schaden von dem Kläger hätte abgewendet werden können; denn die l. 203 D. de R. J. 50, 17:

„quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire"

kommt bei dolosen Rechtsverletzungen nicht in Betracht.[6] Nur wenn der Kläger ebenfalls dolose gehandelt hat, tritt Doluskompensation ein.[7] Bei der Frage nach dem Ersatz entgangenen Gewinns kommt es darauf an, ob anzunehmen ist, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gemacht worden wäre.[8]

---

5. Mommsen: Beiträge II S. 165. Windscheid in der Heidelberger kritischen Zeitschr., Band II (1855), S. 541. Ziegler a. a. O., S. 41.

6. Mommsen: Beiträge II S. 258.

7. Es ist sehr bestritten, ob lala culpa aequiparatur dolo. Siehe z. B. Seuffert, Archiv, Bd. 9 Nr. 144, Bd. 32 Nr. 117, Bd. 17 Nr. 17. Binding: Normen Bd. 2, S. 383 fg. Pernice: Sachbeschädigung S. 62, Labeo II, S. 92 fg. Mommsen: Beiträge III, S. 347 ff., Erörterungen S. 175 ff. Windscheid: „Wille und Willenserklärung" S. 32 fg. Pandekten I § 101, S. 325. Goldschmidt a. a. O. S. 81. Ihering, Jahrbücher, Bd. 4 S. 12.

8. Windscheid in d. H. kr. Zeitschrift S. 547. Mommsen: Beiträge II, S. 174 ff. Ziegler a. a. O. S. 41. — Selbstverständlich erscheint, dass, wenn die zum Ersatz verpflichtende Thatsache neben dem Schaden auch Gewinn gebracht hat, dieser vom Schaden abgezogen werden muss. Bei der Frage nach dem Ersatz entgangenen Gewinnes muss vorausgesetzt werden, dass der Geschädigte wie ein diligens paterfamilias gehandelt und die Gelegenheit zum Gewinn benutzt hätte. In solchem Falle wird auch z. B. bei doloser Zerstörung der Fischnetze der entgangene Gewinn der möglichen Fischzüge nach dem Durchschnittserträgnis eines Fischzuges zu der ge-

Den Massstab der Schätzung bildet das pretium singulare, das ist der Wert, welchen der zu schätzende Gegenstand nach den Verhältnissen des Verkehrs für das Vermögen des Geschädigten hat.[9]

Es ist bestritten bei der Schätzung der Interesseleistung, nach welcher Zeit das Interesse zu berechnen ist. Mommsen und mit ihm Ziegler nehmen an, dass die für die Schätzung entscheidende Zeit regelmässig die des Urteils sei. Es kann aber nach den Quellen nicht zweifelhaft sein, dass bei dolus auch auf die vergangene Zeit, in der die Vermögensminderung eintrat, zurückgegriffen werden kann, wenn die Wirkung fortdauert und der Gegenstand in der Zwischenzeit einen höheren Wert hatte als zur Zeit des Urteils.[10]

---

gebenen Jahreszeit zu berechnen sein. Es ist bei Vergleichung von l. 29 § 3 D. ad. leg. Aquil. 9, 2, in der von einer culposen Beschädigung der Fischnetze die Rede ist und gesagt wird, dass der Fischer einen Ersatz für die gestörte Benutzung der Netze nicht in Anspruch nehmen kann, „cum incertum fuerit, an caperentur" mit l. 12 D. de A. E. V. 19,1, — nach welcher jemand einen Fischzug gekauft hat und der Fischer den Zug nicht vornehmen will, der mögliche Ertrag geschätzt werden soll — anzunehmen, dass eine derartige Schätzung bei doloser Beschädigung stattzufinden hat. Nur in den Fällen der absoluten Unmöglichkeit der Schätzung eines entgangenen Gewinnes fällt diese fort. Windscheid a. a. O. S. 261. Mommsen II (Beiträge) S. 190 u. 256 ff. Cohnfeld a. a. O. S. 112 fg. Brinz II § 281 b., S. 355 fg. Dernburg II, § 45, S. 126 a. E.

9. Mommsen: Beiträge II, S. 213 fg. Windscheid in der H. kr. Zeitschr. S. 254 ff. Ziegler a. a. O. S. 42.

10. Dernburg II § 45 S. 128. Mit der actio legis Aquiliae erlangt der Geschädigte, was er an dem Zeitpunkt gehabt hätte, an dem die Sache innerhalb des letzten Jahres resp. Monats vor der Begehung des Delikts den höchsten Wert erreichte. Es wird hier bei der Schätzung des Wertes sogar der Zeitraum vor der Klagbarkeit mit umfasst: l. 11 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Vergl. l. 51 D. eod. l. 27 § 2 D. de R. V. 6. 1. Siehe hierüber Cohn-

Bei ausserkontraktlichen Verletzungen ist die Zeit der Begehung des Delikts massgebend. Der Geschädigte kann sich stets auf die Zeit berufen, zu welcher der Gegenstand von Begehung des Delikts an bis zum Urteil den höchsten Wert hatte.[11]

Von geringerer Bedeutung ist der Ort des Interesse. Bei Vertragsobligationen ist regelmässig der Erfüllungsort der Obligation, bei Deliktsobligationen der Ort der Begehung massgebend.[12]

§ 15.

Beweislast.

Die Beweislast regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Das positiv Behauptete ist von dem zu beweisen, der es vorbringt; dagegen sind negative Behauptungen in den meisten Fällen nicht zu beweisen.[1]

Bei einer Klage auf Rescission des betrüglich veranlassten Vertrages hat der Kläger den Betrug des Beklagten zu beweisen nach l. 6 C. de dolo malo 2, 20 (21):

„dolum ex insidiis perspicuis probari convenit."

Ferner hat er, falls nach der besonderen Sachlage dies nicht von selbst sich ergiebt, zu beweisen, dass sein Interesse die Auflösung des Vertrages erfordere, sowie alle

---

feld a. a. O. S. 160 fg. und Windscheid in d. H. kr. Zeitsch. S. 549 fg. Auch der Gläubiger kann, wenn der Schuldner in mora ist, den höheren Wert verlangen, den die geschuldete Sache hatte, als er in Verzug kam. Hat aber die Sache zur Zeit des Urteils einen höheren Wert, so kann er diesen fordern, weil die Sache noch geschuldet wird. Dernburg II § 45 S. 128 und § 41 S. 114. Brinz II § 281 c. S. 358 ff.

11. Dernburg II § 45 S. 128 Note 13. Vergl. l. 50 pr. D. de furtis 47, 2. Brinz II § 281 c S. 359 fg.

12. Ziegler a. a. O. S. 42. Windscheid in den H. kr. Zeitschr. S. 559.

1. Dernburg I § 159 S. 376 fg.

jene Umstände darzuthun, die ihn zu einem über die Vertragslösung hinausgehenden Anspruch berechtigen. Klagt er auf Schadensersatz, so hat er nächst dem Betrugsbeweise zu belegen, dass ihm aus dem Betruge ein Schade in der angegebenen Höhe erwachsen ist.

Behauptet der Beklagte gegenüber dem bewiesenen Betruge, dass das Interesse des Klägers eine Auflösung des Vertrages nicht erfordere, so ist diese Behauptung eine wahre Einrede, und er hat die Thatsachen zu beweisen, aus welchen sich ergiebt, dass des Klägers Interesse durch eine Modifikation seines Anspruchs volle Befriedigung erfahre. Leugnet er dagegen den Betrug an sich, oder den Einfluss des Betruges auf den Vertragsschluss oder die Modalitäten des Vertrages, so ist dies eine Negation des Klageanspruches, welche nach den Grundsätzen der Beweislast eines Beweises nicht bedarf.[2]

§ 16.

Die Verfolgung des Anspruchs aus dem Betruge.

Zur Zeit des Zwölftafelgesetzes bestand in Rom keine Haftung des Betrügers aus dem Betruge an sich. Alle Kontrakte waren stricti juris negotia; sie verpflichteten genau zur Leistung des Versprochenen, und es wurde nichts geschuldet, was nicht versprochen war.

In den Zeiten des entwickelten Verkehrs erwies sich das strenge Festhalten an dem formalen Recht als unzulänglich. Der Verkehr forderte ein auch ohne die strengen Formen Sicherheit gebendes neues Recht. Dieses musste aber schon in den 12 Tafeln enthalten und durch die Gesetzeskraft derselben gedeckt sein. Da schufen die Prätoren auf der Grundlage des alten Rechts mittelst der Interpretation das freiere Recht, indem sie die Treuabende

2. Ziegler a. a. O. S. 54.

— fiducia — für klagbar erklärten. Aus der fiducia ging aber keine actio stricti juris, sondern eine actio bonae fidei hervor, innerhalb deren weiteren Grenzen freies richterliches Ermessen zu entscheiden hatte. Der Prätor wies den judex in der formula actionis (quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao Ao dare facere oportet ex bona fide) an, was Treu und Glauben erforderte, zu berücksichtigen, und so konnte denn der judex, ohne dass es, wie bei den stricti juris negotia, einer besonderen in die Klagformel aufgenommenen Einrede bedurfte, dem Betruge auf Grundlage der bona fides entgegentreten.

Die officio judicis nun zu beachtende, dem Betruge feindliche, bona fides bezog sich aber auf die Vertragschliessenden allein.[1] Nur wenn der Betrogene von seinem Mitkontrahenten betrogen worden war, gab es für ihn einen Schutz gegen die Folgen des Betruges, nicht aber, wenn ein ausserhalb des Kontraktverhältnisses stehender Dritter den Betrug begangen hatte. Da bezeichnete die durch den Prätor Aquilius Gallus, Ciceros Freund, eingeführte actio (doli) und exceptio doli einen bedeutsamen Fortschritt, indem nun auch bei nicht bestehenden kontraktlichen Beziehungen dem Betrogenen oder Geschädigten gegen den dolosen Schädiger eine Klage auf Wieder-

1. Die Vertragschliessenden mussten anfangs auch den negot. bonae fidei eine Klausel beifügen, entweder „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“ oder „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusque siem,“ oder „quod aequius melius“ oder „ex fide bona,“ damit der Richter angewiesen werden konnte, mit Rücksicht auf die bona fides zu urteilen. Später fielen diese Klauseln fort. Siehe hierüber Ziegler a. a. O. S. 32 A. 54 Vereinbarungen, wonach die Vertragschliessenden für dolus nicht haften, sind nichtig. Die Ungiltigkeit des pactum ne dolus praestetur wird auf Celsus zurückgeführt: l. 23 D. de R. J. 50, 17. Dernburg II § 36 S. 101 A. 4 und Pernice a. a. O. S. 206 ff.

herstellung — restituere — oder auf Schadensersatz gewährt wurde.[2]

Die actio doli, die weiter unten näher betrachtet werden soll, war aber ein subsidiäres Rechtsmittel und fiel als solches bei den Vertrauensgeschäften — negotia bonae fidei — fort. Insbesondere beim Kauf war die auf Grund eines, sowohl beim Vertragsabschluss als bei der Vertragserfüllung[3] begangenen dolus gegebene Klage nicht die actio doli, sondern die Kontraktsklage — actio empti venditi. — Mit ihr wurde Aufhebung des Vertrages oder Schadensersatz oder beides erlangt. Dies gilt auch nach gemeinem Recht.

§ 17.

Die Vertragsklage als Rescissions- und Schadensersatzklage.

Im klassischen römischen Recht gab es keine Rescissionsklage. Die Vertragsklage ging allein auf Schadensersatz, entweder auf id quod interest oder nur auf vera rei aestimatio. Ein Vermögensschade wurde in dieser Periode allein mit Geld ersetzt. Aber schon die Juristen der ersten Kaiserzeit gaben zu, dass bei der auf das id quod interest gerichteten Klage möglicherweise das Interesse des Klägers nur durch Auflösung des Vertrages gewahrt werden könne. So sagt Ulpian in l. 11 § 3 D. de A. E. V. 19, 1:

---

2. Meisner a. a. O. S. 71 fg.

3. Labeo hält es nach l. 7 § 3 D. de dolo malo 4, 3 noch für zweifelhaft, ob gegen Betrug bei der Vertragserfüllung eine Vertragsklage zu geben sei. Gaius erkennt aber dem gegenüber in l. 9 D. de periculo 18, 6 an, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer diejenigen Verschlechterungen der Sache anzuzeigen, welche seit der Besichtigung eingetreten sind. Danach ist anzunehmen, dass bei doloser Verschlechterung der Sache beim Vollzug des Kontraktes nicht die actio doli sondern die Vertragsklage allein zuständig sei. Siehe hierüber Bechmann a. a. O. II S. 299 fg.

„Redhibitionem quoque contineri empti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.“[1]

Es ist hiermit nicht gesagt, dass der Käufer mit der actio empti unmittelbar auf Redhibition klagen könne, sondern dass möglicherweise auch auf Grund der auf das Interesse gerichteten Klage eine Auflösung des Vertrages erfolgen könne, wenn das Interesse des Klägers nur dadurch gewahrt werden kann.[2] Die Rescission ist kein selbständiges Recht; sie ist nur eine der verschiedenen möglichen Reaktionen gegen den dolus.[3]

Auch die l. 5 C. de resc. vend. 4, 44 spricht von einer Rescission des Vertrages, und der in l. 10 C. eodem:

„Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat in integrum restitutio competit“

gebrauchte Ausdruck „in integrum restitutio“ lässt auf Rescission durch die Vertragsklage schliessen, weil nicht selten die Rescission eines Vertrages einer in integrum restitutio ganz gleich kommt.[4]

Ergiebt sich aber aus den erwiesenen konkreten Thatsachen, dass mit der Auflösung des Vertrages das Interesse des Betrogenen nicht vollständig gewahrt ist, so kann der Richter neben der Auflösung noch auf Schadensersatz erkennen; denn das id quod interest umfasst jeden Vorteil,

1. Cicero de officiis III, 23 S. 119: „In mancipio vendundo dicendane vitia; — . . . quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili . . .

2. Vangerow III S. 306.

3. Bechmann a. a. O. II S. 303.

4. Siehe über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund des Betruges: Ziegler a. a. O. S. 37 u. 38. Ferner über die l. 10 C. cit. Burchardi a. a. O. S. 361 ff. Vangerow I S. 303 und III S. 276 fg. Bechmann a. a. O. II S. 301 A. 1.

der erwiesener Massen dem Betrogenen durch die schädigende Thatsache verloren gegangen ist.

Dem Betrogenen steht das Wahlrecht zu. Er kann auch mit der Vertragsklage allein Schadensersatz verlangen; aber er kann nur denjenigen Schaden ersetzt verlangen, welcher auch wirklich die Folge der rechtswidrigen Handlung ist.[5]

§ 18.

Verhältnis des Anspruchs aus dem Betruge zu den actiones aediliciae.[1]

Nach dem aedilicischen Edikte hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer Fehler und Mängel der Sache anzuzeigen. Er haftet sogar für die vitia corporis, die ihm selbst unbekannt sind, die er aber hätte kennen und anzeigen sollen.[2] Der emptor ignorans einer mit einem Fehler behafteten Sache kann nach seiner Wahl entweder mit der actio redhibitoria Auflösung des Vertrages oder mit der actio quanti minoris[3] Minderung des Kaufpreises verlangen. Er kann sich dieser Klagen auch nach seiner

5. Vangerow III § 571 S. 39 ff.

1. Siehe hierüber Ziegler a. a. O. S. 54—57 Vangerow III § 609 S. 304 ff. Unterholzner a. a. O. II S. 276 ff. Sintenis II § 116 A. 79 u. 99.

2. Ausserdem haftet er nach dem Edikt auch wegen einiger besonders genannter vitia animi: l. 1 §§ 9—11, l. 2, l. 3, l. 4 pr. §§ 1—4, l. 65 D. de aed. ed. 21, 1.

3. Nach l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19, 1 steht dem Käufer einer fehlerhaften Sache auch die actio empti in den Fällen zu, wenn der Verkäufer nichts von den Fehlern wusste. Daraus wurde geschlossen, dass die actio quanti minoris nicht eine aedilicische sondern eine Civilklage, eine actio empti quanti minoris sei. Es ist aber mit Unterholzner (S. 274 u. A. bb) anzunehmen, dass die Wirkung der aedilicischen Minderungsklage nach ihrer Einführung mit der ihr eigentümlichen Verjährung auf die Kaufklage über-

Wahl dann bedienen, wenn der Sache die vom Verkäufer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften fehlen.[4]

Von den im neueren römischen Recht auf den Verkauf aller Arten von Sachen, beweglicher und unbeweglicher,[5] ausgedehnten aedilicischen Rechtsmitteln verjährt die actio redhibitoria in 6 Monaten, die acto quanti minoris in einem Jahr.[6]

Obgleich die aedilicischen Klagen denselben Zweck wie die actio empti propter dolum verfolgen, so ist doch der Inhalt der Ansprüche aus diesen Klagen ein verschiedener:

1. Bei der actio empti propter dolum wird von der Person des Betrügers abgesehen und nur das Interesse des Verletzten im Auge behalten,[7] während bei den aedilicischen Klagen eine billige Rücksicht auf den Beklagten nicht ausser Acht gelassen wird.

2. Bei der Aufhebung des Vertrages propter dolum kann der Betrogene jeden ihm entgangenen Gewinn und die Nachteile ersetzt verlangen, welche ihm durch die fehlerhafte Sache erwachsen sind.[8] Bei der actio redhibitoria

---

tragen wurde, da es bei den Ansprüchen auf blosse Preisminderung nichts schadete, wenn man sich statt der aedilicischen der Kaufklage bediente. Dagegen konnte mit der actio empti niemals auf Redhibition geklagt werden. Wie oben ausgeführt, trat die Auflösung des Vertrages nur ein, wenn das id quod interest des Klägers dies nachweislich erforderte.

4. Bei ausdrücklicher Zusicherung einer besonderen Beschaffenheit der Sache haftet der Verkäufer im allgemeinen nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen: l. 6 § 4, l. 13 § 3 D. de A. E. V. 19, 1; l 45 D. de contr. empt. 18, 1 etc.

5. l. 1 pr. u. l. 63 D. de aed. ad. 21, 1.

6. l. 19 § 6, l. 38 pr., l. 48 § 2, l. 55 D. de aed. ed. 21, 1. l. 2 C. de aed. act. 4, 58.

7. Mommsen: Beiträge II S. 33.

8. Er kann auch Ersatz für Conventionalstrafe verlangen.

geht der Anspruch des Redhibenten nur auf Zurückgabe des Kaufpreises nebst Zinsen und Ersatz der auf die Sache gemachten Impensen und des durch die Sache selbst verursachten Schadens.

3. Dem Anspruche aus dem Betruge gegenüber kann sich der Beklagte nicht durch Verzicht auf Wiedererlangung der Sache von dem Schadensersatze befreien. Dagegen hat der mit der actio redhibitoria Beklagte das Recht des Verzichts auf Wiedererlangung der Sache gegen Befreiung von der Erstattung der Impensen und des durch die Sache verursachten Schadens.[9]

4. Die aus dem Betruge entspringende Schadensersatzleistung kann über die verhältnismässige Preisminderung hinausgehen.[10] Mit der actio quanti minoris wird nur Preisminderung erlangt.

Der Anspruch aus dem Betruge hat den Zweck, die Nachteile des Betruges aufzuheben. Es bleibt der dolose Verkäufer haftbar, auch wenn er sich Nichthaftung für die Fehler und Mängel der Sache ausbedungen hat.[11] Der venditor ignorans ist aber in diesem Falle von jeder Verbindlichkeit befreit.[12]

II. Beim Dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen.

§ 19.

Einleitung.

Wir haben oben gesehen, dass beim dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen ein zwischen dem dolosen Schädiger und dem Geschädigten bestehendes Rechtsver-

9. Mommsen: Beiträge II S. 35. Ziegler a. a. O. S. 56.

10. Mommsen: Erörterungen S. 163 A. 4.

11. Ebenso bei pactum de non praestanda evictione: l. 11 § 15 § 18. D. de A. E. V. 19, 1; cf. 6 § 9 eod.

12. l. 31 D. de pactis 2, 14.

hältnis zur Substanziierung der Klage aus dem Betruge nicht erforderlich ist, sondern allein der Nachweis, dass dem Kläger infolge des dolosen Verhaltens des Beklagten ein Vermögensschade erwachsen ist. Es ist unbestritten, dass die Wirkung des Betruges Aufhebung der in bewusster absichtlicher Weise herbeigeführten Vermögensverletzung, Ersatz des durch den dolus des Beklagten verursachten Schadens ist.

Bestritten ist aber, ob ein Vertrag giltig sei, wenn der Betrug eines ausserhalb des kontraktlichen Verhältnisses stehenden Dritten beim Vertrage mitgespielt hat. Einige Rechtsgelehrte[1] behaupten, der Kontrakt sei nichtig, wenn er durch den Betrug eines Dritten veranlasst sei und den Betrogenen keine Schuld treffe. Da sich diese Entscheidung aber nicht auf positive Gesetze gründen lässt, sind die meisten Rechtsgelehrten der richtigen Meinung, dass der Vertrag rechtsgiltig bestehe, wenn keiner der Kontrahenten sich eines Betruges schuldig gemacht habe; denn der Betrug eines Dritten dürfe dem unschuldigen Mitkontrahenten nicht zur Last fallen.[2] Diese Annahme findet ihre Bestätigung in l. 15 § 3 D. de dolo malo 4,3.

„In hac astione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necessse."

Der aus dem Betruge Verletzte kann sich nur an den halten, der ihn in Schaden gebracht hat, während die

1. Glück: IV S. 130 fg.

2. Regelsberger: I sagt S. 538: „Ist der Betrug von einem Dritten ausgegangen und der Vertragsgegner des Betruges unkundig gewesen, so unterliegt der Vertrag nur insoweit der Anfechtung, als er dem Vertragsgegner unentgeltlichen Erwerb zugeführt hat, nach Analogie der erweiterten Anfechtung durch die exceptio doli (l. 7 pr., l. 8 D. 4, 3; l. 2 D de proxen. 50, 14). Im übrigen ist der Betrogene auf seinen Anspruch gegen den Betrüger verwiesen." Siehe auch Unterholzner a. a. O. I S. 82.

actio quod metus causa dem Geschädigten auch gegen den unschuldigen Dritten gegeben wird.

Welche Wirkung der Betrug auf den letzten Willen äussert, lässt sich, da es an besonderen Gesetzen hierüber fehlt, nur aus allgemeinen gesetzlichen Prinzipien ableiten:[3]

Ist der Erblasser doloser Weise von der Errichtung oder Veränderung eines Testaments abgehalten worden, so haben diejenigen, denen nachweislich daraus ein Schade erwachsen ist, die Schadensersatzklage gegen den Betrüger. Im übrigen treten hier die Rechtsgrundsätze ein, welche für den Fall des Zwanges gelten.[4]

Dieselben Rechtsgrundsätze wie beim Zwange gelten auch, wenn der Erblasser durch betrügliche Vorstellungen dazu bewogen worden ist, ein Testament zu errichten oder zu verändern. Es wird vielfach angenommen, ein durch Betrug veranlasstes oder verändertes Testament sei schon ex capite erroris nichtig. Da aber bei Erbeinsetzungen der Irrtum im Beweggrunde in der Regel nicht in Betracht kommt, so ist anzunehmen, dass ein unter dem Einfluss des Betruges errichtetes oder verändertes Testament nicht nichtig sei, dass aber den durch den dolus unmittelbar Geschädigten die Klage aus dem Betruge auf Rescission des Testaments oder auf Schadensersatz zustehe.

§ 20.

Die Verfolgung des Anspruchs aus dem Dolus. actio doli.

Wie das prätorische Recht überhaupt,[1] so hatte auch die vom Prätor Aquilius Gallus eingeführte[2] actio doli die

3. Vangerow II S. 92. A. 3.

4. Siehe l. 1 § 1 u. 2, l 2 pr., l 3 D. si quis aliquem test. proh. 29, 6. Siehe auch Sintenis III § 171 S. 390.

1. Das prätorische Recht diente in seinen Anfängen zur volleren Durchführung des jus civile (juris civilis adjuvandi gratia), dann zur

Aufgabe, das Civilrecht zu ergänzen.[3] Sie wurde dazu bestimmt, den dolus zu ahnden, nicht allein wie er sich als eigentlicher Betrug (dolus mit simulatio) charakterisierte, sondern auch als dolose Schadenszufügung, so oft jemand widerrechtlich und arglistig gegen einen Andern gehandelt hatte und es keine andere Klage gab.[4] Der Prätor hatte sich in seinem Edikt vorbehalten, sie nur zu geben: „si his rebus alia actio non erit (et justa causa videbitur)." Hiernach ist die Klage subsidiär, d. h. sie tritt nicht ein, wenn noch eine Klage des Civil- oder prätorischen Rechts vorhanden ist, mit der man sein Recht verfolgen kann,[5] oder wenn gegen einen Andern als den Dolosus selbst eine Klage auf Schadensersatz gegeben werden kann.[6]

Viele Rechtsgelehrte[7] nehmen an, dass die Subsidiarität ihren Grund darin habe, dass die actio de dolo zu den infamierenden Klagen gehöre; denn: qui de dolo damnatus erit infamia notabitur. Diese Annahme wird hergeleitet aus l. 1 § 4 D. de dolo malo 4, 3, in welcher Ulpian sagt:

quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni."[8]

Ergänzung desselben (juris civilis supplendi gratia), und es ging schliesslich zur vollen Reform des Civilrechts über (juris civilis corrigendi gratia) Siehe l. 7 § 1 D. de justitia et jure 1, 1.

2. Siehe jedoch Th. Mommsen a. a. O. S. 679 A. 2.

3. Ziegler a. a. O. S. 33.

4. Wening-Ingenheim: „Die Lehre vom Schadensersatz" (1841) S. 129 fg.

5. l. 1 §§ 4—7, l. 7 §§ 1 u. 2 D. de dolo malo 4, 3.

6. l. 1 § 8, l. 2—l. 5, l. 7 § 9 D. de dolo malo 4, 3.

7. Seuffert: Pandekten II § 424 A. 4 S. 420. Savigny VII S. 199. Windscheid II § 451 A. 10 S. 641 fg. Ziegler a. a. O. S. 33. Hänel: „Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli" im Archiv für civil. Praxis Bd. 12 S. 416 fg.

8. Bevor eine infamierende Klage zugelassen wurde, nahm der Prätor eine causae cognitio vor. l. 9 § 5, l. 10, l. 11 pr. D. de dolo malo 4, 3; l. 2 C. de dolo malo 2, 20 (21).

Andere[9] dagegen glauben, dass die Subsidiarität nicht eine Folge der infamierenden Wirkung sei; sie liege vielmehr in der ausserordentlichen Natur der Klage, die nur zur Ergänzung des Civlilrechts eingeführt sei. Es werde ja auch der dolus nur in dem Falle als Klagegrund zugelassen, wenn der Ersatz eines arglistig verursachten Schadens nicht in anderer Weise erlangt werden könne.[10] Gründete sich die Subsidiarität allein auf der Infamie, dann wäre sie auch wohl strenger durchgeführt worden. Aber die actio doli greift nach l. 7 § 3 D. de dolo malo schon ein, wenn nur ein Zweifel obwaltet, ob eine andere Klage statthaft sei, oder nach l. 5, l. 7 § 6 und § 9 h. t., wenn die sonst zuständige Klage wegen Zahlungsunfähigkeit des zunächst Verpflichteten keinen Erfolg verspricht und die actio doli gegen den eigentlich Schuldigen vorteilhafter sein sollte.[11] Wir ersehen daraus, dass es den römischen Juristen vor allem darauf ankam, dem widerrechtlich Geschädigten zu helfen. Konnte dies auf keine andere Weise so sicher geschehen wie mit der actio doli, so wurde sie vom Prätor gegeben.

Passiv legitimiert ist nur der Schädiger allein, aktiv dagegen ein jeder, der ein Interesse hat.[12] Die Höhe des Schadens muss aber wenigstens 2 aureos betragen.[13] Sind mehrere

---

9. Schneider: „Die allgemeinen subsidiären Klagen" (1834) S. 308 fg. Dernburg II § 136 S. 370 A. 6. Brinz II § 344 S. 824. R. G. E. Bd. 23 S. 145 u. Bd. 34 S. 152.

10. Siehe Ulpian in l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20. Der Stellionat ist eine Ergänzung der übrigen crimina, und wie die actio doli im Privatrecht das sein soll, was die stellionatus persecutio im Strafrecht ist, so will auch Ulpian unsere Klage nur als Ergänzungsklage betrachtet sehen. Schneider a. a. O. S. 329.

11. Pernice: Labeo II S. 204 fg. v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 130.

12. l. 9 §§ 1 u. 2, l. 35 D. de dolo malo 4, 3.

13. l. 9 § 5 u. l. 10 D. de dolo malo 4, 3.

Personen passiv legitimiert, so haftet nach l. 17 pr. D. de dolo malo ein jeder in solidum, jedoch nur so, dass die andern von der Haftung befreit sind, wenn einer den Schaden vergütet hat. Gegen die Erben des Dolosus geht die Klage nur auf Höhe der Bereicherung;[14] hier fallen aber die Rechtsfolgen der Infamie und die Subsidiarität fort.[15]

Die actio doli verjährt durch den Ablauf von 2 Jahren,[16] aber nur auf das volle Interesse. Dagegen auf Erstattung dessen, was der Dolosus noch in Händen hat, kann zu jeder Zeit eine Klage in factum gegeben werden.[17]

Es fragt sich, ob im gemeinen Recht die Eigentümlichkeiten der actio doli, die Infamie, die Subsidiarität, die Be-

14. l. 17 § 1, l. 26—30 D. de dolo malo 4, 3; l. 30 § 7 D. de peculio 15, 1. Nach l. 15 pr. §§ 1 u. 2 D. de dolo malo 4, 3 haftet der Dritte, der nicht kolludierte, zu dessen Gunsten aber der dolus geschah, auch nur auf den Betrag der Bereicherung.

15. l. 29 D. de dolo malo 4, 3. Siehe v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 130. Eine causae cognitio findet beim Erben nicht statt. l. 30 D. de dolo malo 4, 3.

16. l. 8 C. de dolo malo 2, 20 (21).

17. l. 28 in fine D. de d. m. 4, 3. Seuffert: Pandekten § 424 S. 422. Die actiones in factum haben die Prätoren zur Ergänzung der Vertrags- und Deliktsklagen geschaffen. Bei ihnen nennt die intentio keine Rechtsbefugnisse, sondern lediglich ein thatsächliches Verhältnis. An die Dolusklagen lehnen sich eine Anzahl actiones in factum an. (Siehe hierüber Pernice: Labeo II S. 225 fg.) Sie sind an Stelle der actio doli getreten, um deren infamierende Wirkung zu vermeiden. So wurde z. B. nach l. 11 § 1 D. de dolo malo 4, 3 die actio doli gegen Respektspersonen ausgeschlossen und an ihrer Stelle eine actio in factum gegeben, ferner, wenn die Beweggründe zur That solche waren, dass die Infamie als Urteilsfolge unbillig erschien. (Siehe l. 7 § 7 D. de dolo malo 4, 3.) Sie haben den subsidiären Charakter der actio doli (l. 5 C. de dolo malo 2, 20 (21), sind unbeschränkt auf Zeit und gehen auf Schadensersatz resp. Bereicherung. Siehe hierüber auch Schneider a. a. O. S. 333, Hänel a. a. O. S. 415 ff., Burchardi a. a. O. S. 315 fg.

stimmung, dass die Erben des Betrügers nur für Bereicherung aus dem Betruge haften, und die kurze Verjährung noch bestehen.

Die Rechtsfolge der Infamie ist im gemeinen Recht aufgehoben. Ob mit ihr auch die Subsidiarität fortgefallen ist, ist bestritten. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche sie in engen Zusammenhang mit der Infamie bringen, behaupten ihren Fortfall mit dieser, während diejenigen, welche den Grund der Subsidiarität in der bloss ergänzenden Eigenschaft unserer Klage sehen, den subsidiären Charakter derselben beibehalten. Es darf nach ihnen auch heute nur in Ermangelung eines andern Rechtsbehelfs auf die actio doli zurückgegriffen werden.[18]

Die Erben des betrüglichen Schädigers haften nach kanonischem Recht unbedingt. Dies ist durch konstanten Gerichtsgebrauch dahin modifiziert worden, dass ihre Haftung heutzutage nur bis zur Höhe der Erbschaft selbst geht.[19]

Vielfach wird angenommen, dass auch die kurze Verjährungszeit der actio doli mit der Rechtsfolge der Infamie in engerem Zusammenhang stehe,[20] und daraus wird gefolgert, dass mit dem Wegfall der Infamie die zweijährige Verjährungszeit im heutigen gemeinen Recht keine Geltung mehr habe.[21] Aber die Infamie ist im römischen Recht

18. Dernburg II § 136 A. 6 S. 370 sagt: „Derzeit hat die Subsidiarität natürlich vorzugsweise dann praktische Bedeutung, wenn dem Benachteiligten gegen einen Andern als den dolosen Schädiger eine Klage zusteht, und in diesem Falle ist sie auch zweckmässig.“ Brinz II § 344 S. 824. Dagegen über die heutige Subsidiarität der actio doli Seuffert: Pandekten II § 424 A. 4 S. 420.

19. Seuffert: Pandekten II § 424 A. 16. S. 422 u. § 282 A. 13 S. 129 fg. Regelsberger I S. 223.

20. nach l. 29 D. de dolo malo 4, 3. Siehe hierüber Ziegler a. a. O. S. 34 fg.

21. Hänel a. a. O. S. 418. Sintenis II § 124 A. 9 S. 742. Glück V S. 529 A. 42.

nur eine Wirkung der Verurteilung aus dem Betruge, nicht der Betrugshandlung selbst. Da nun die Verjährung gerade voraussetzt, dass eine Verurteilung nicht eingetreten ist, ist anzunehmen, dass sie an sich mit der infamia der Betrugsklage in keinem Zusammenhang stehe, besonders da im römischen Recht sowohl nicht infamierende Klagen mit kurzer Verjährungszeit (z. B. actio redhibitoria u. quanti minoris), als auch infamierende Klagen ohne solche vorkommen.[22]

Ferner wird auch behauptet, die kurze Verjährungszeit habe ihren Grund in dem pönalen Charakter der actio doli und nach dem Wegfall der pönalen Seite der Schadensersatzklage müsse auch die gewöhnliche Verjährungszeit eintreten.[23] Aber die actio doli ist niemals eine reine Strafklage gewesen; sie gehörte zu denen, welche rei persecutionem continent. Dem Schädiger wurde nicht nur das abgenommen, was er etwa gewonnen hatte, sondern ihm wurde auch ohne Rücksicht auf etwaigen Gewinn der Ersatz allen dem Verletzten erwachsenen Schadens auferlegt und diese Schadensersatzleistung, die für ihn möglicherweise einen Verlust enthielt, war einer Strafe aus dem Betruge nicht unähnlich, obgleich sie sich niemals über den Betrag der Entschädigung erhob.[24] Diese pönale Folge besteht aber noch heute, wenn auch der Charakter als gemischte Strafklage im heutigen Recht für die actio doli als beseitigt anzusehen ist. Es liegt somit kein Grund vor,

---

22. Seufferts Archiv Bd. 38 No. 204 R. G. E. Bd. 23 No. 37 S. 179 fg.

23. Sintenis II § 124 A. 1 S. 738.

24. Die sogenannten gemischten Strafklagen verjährten, wenn sie contra jus civile gegeben wurden, regelmässig in einem Jahr. Auch die actio doli hatte ursprünglich diese kurze Verjährungszeit. Ziegler a. a. O. S. 33 u. 34. Sintenis I § 29 S. 254. Siehe auch A. 19 daselbst.

der römisch-rechtlichen Verjährungsfrist die heutige Geltung zu versagen.

Die Beschränkung der actio doli auf die Mindesthöhe von 2 Goldstücken und ihre Nichtanwendung gegenüber Respektspersonen ist nicht recipiert.[25]

Es bleibt noch an der Hand der Quellen zu prüfen, welche Reaktion die Klage aus dem Betruge (actio doli) hervorruft.

§ 21.

Quanti ea res est.

Der dolose Schädiger hat nach l. 17 pr. und nach l. 18 pr. D. de dolo malo 4, 3 zu ersetzen: quanti ea rest est:

l. 17 pr. cit:

„Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari."

l. 18 pr. cit:

„Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari."

Unter dem Ausdruck „quanti ea res est" ist nach l. 179 D. de V. S. 50, 17 und nach l. 193 eodem die rei aestimatio, der wahre Wert — verum rei pretium[1] — der

25. Siehe dagegen Hänel a. a. O. S. 418. Nach l. 11 § 1 D. de dolo malo 4, 3 und nach l. 5 C. de dolo malo 2, 21 durften Kinder gegen die Eltern, Freigelassene gegen die Patronen u. s. w. nicht mit der actio doli klagen. Ihnen wurde an Stelle derselben eine actio in factum gegeben. Siehe oben S. 81 A. 17.

1. Brinz II § 281 S. 340.

in Frage stehenden Sache, zu verstehen. Aus mehreren andern Pandektenstellen[2] geht aber hervor, dass häufig auch das Interesse des Geschädigten darunter verstanden wird. In l. 18 § 1 D. de dolo malo 4, 3 und l. 18 § 4 eodem sagen Paulus und Trebatius, dass der betrüglich Geschädigte, falls die Restitution der Sache unmöglich ist oder nach den objektiven Thatsachen dies geboten erscheint, so viel zu erhalten hat, als sein Interesse daran, dass die beschädigende Thatsache nicht eingetreten wäre, beträgt.[3]

l. 18 § 1 cit:

„Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?"

l. 18 § 4 cit:

„Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum . . , ."

Hiernach ist es nicht dem Ermessen des Richters anheimgegeben, ob die Restitution der Sache allein erfolgen solle, sondern der Geschädigte hat Anspruch auf Leistung dessen, was sein Interesse erfordert.[4]

2. z. B. § 10 Inst. de. leg. Aquil. 4, 3. Gaius III 212. l 8 § 2 D. ratam rem 46, 8; l. 28, l. 29, l. 37. D. de damno inf. 39, 2, l. 21 pr. § 2, l. 22, l. 55 D. ad leg. Aquil. 9, 2 u. s. w. Siehe Mommsen: Beiträge II S. 52 A. 21.

3. Brinz II § 281 S. 340 fg.

4. Ueber die Beibehaltuug des Ausdrucks „quanti ea res est" siehe Mommsen: Beiträge II S. 55, Brinz cit. — Die actio de dolo ist eine Restitutionsklage im eigentlichen Sinne. Sie geht zunächst auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und in subsidium auf Schadensersatz. Siehe Burchardi a. a. O. S. 314.

Betreffs der Schätzung des Interesse ist der Richter ermächtigt, auf das iuramentum in litem zu erkennen, um auf diese Weise zu ermitteln, wieviel das Interesse des Klägers betrage. Gaius sagt in seinem 4. Buch § 51, die Formel, welche auf quanti ea res est laute, enthalte eine infinita condemnatio:

„.... diversa est, quae infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus, vel ad exhibendum ....“

und in Uebereinstimmung damit ersehen wir aus l. 18 pr. cit., dass bei den actiones de dolo und quod metus causa den Worten „quanti, ea res est“ eine gewisse Quantität der Wertschätzung nicht hinzugefügt wird, damit der Beklagte im Falle seines Ungehorsams[5] auf so viel verurteilt werde, wie der Kläger in seinem Würderungseide als sein Interesse bezeichnen werde. Der Kläger schätzt hier nach seiner subjektiven Ueberzeugung von dem Geldwert der Sache und seines Interesse, und es ist natürlich, dass er die Sache und sein Interesse so hoch wie möglich anschlagen wird. Damit ist aber nicht gesagt, dass er das Affektionsinteresse mit in die Schätzung hineinziehen darf; er kann nur den Geldwert ohne ein vorher vom Richter festgesetztes Maximum so hoch anschlagen, als er seiner Ueberzeugung nach beträgt.[6] Dies ergiebt sich auch aus l. 68 D. de R. V. 6, 1:

---

5. Der Richter, als judex arbitrarius, war ermächtigt, aber nicht verpflichtet, durch einen Zwischenbescheid die Parteien zu einem Abkommen zu nötigen oder dem Beklagten die Restitution der Sache aufzuerlegen. Im Falle der Einigung der Parteien oder des Gehorsams des Beklagten fiel die Folge der actio doli, die Infamie, fort, weil der Beklagte kein damnatus war. Siehe § 31 Inst. de act. 4, 6.

6. Vangerow I § 171 S. 266 fg. Sintenis II § 86 A. 36 S. 83: „Wenn in litem jurare zuweilen hierbei in Gegensatz zum id quod

„ . . . si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quominus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet."

Die Möglichkeit einer Einbeziehung des Affektionsinteresse in die Schätzung der Sache und das Interesse fällt durch das in l. 18 pr. D. 4, 3 und andern Gesetzen[7] anerkannte Moderationsrecht des Richters fort.

Nach l. 68 cit. hat die Schätzung des Interesse durch einen Würderungseid nur Anwendung, wenn die Klage auf ein restituere gerichtet ist und der Beklagte dem Restitutionsbefehle wegen seines dolus nicht nachkommen kann, resp. aus Ungehorsam nicht nachkommt. Da, wie oben gesagt ist, die Kontraktsklage ex empto propter dolum nie auf ein restituere geht, so findet eine Interesseschätzung durch in litem iurare nur bei der Klage aus dem Deliktsdolus statt, wenn durch böswillige machinatio jemand geschädigt und eine restitutio nicht erfolgt ist oder nicht erfolgen kann.

§ 22.

In integrum restitutio propter dolum.

Die Rechtsgelehrten sind verschiedener Meinung darüber, ob es eine in integrum restitutio im engeren Sinne auf Grund des Betruges giebt oder nicht.

---

interest gestellt wird, so ist dies von dem objektiv bestimmteren Umfang des letzteren zu verstehen, und mit Rücksicht auf den Entstehungsgrund des Nachteils geschehen."

7. l. 4 §§ 2 u. 3, l. 5 §§ 1 u. 2 D. de in litem iurando 12, 3.

In l. 1 D. de i. i. r. 4, 1 bezeichnet Ulpian im allgemeinen die calliditas als Grund der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und es fragt sich, welcher Natur diese Wiedereinsetzung ist.

Dass in allen Fällen der calliditas Wiedereinsetzung stattfindet, kann nicht aus l. 1 cit. geschlossen werden. In l. 2 D. de i. i. r. 4, 1 erklärt Paulus auch den unverschuldeten Irrtum im allgemeinen für einen Wiedereinsetzungsgrund, und dennoch findet eine Wiedereinsetzung wegen Irrtums materiellrechtlich nur in dem einzigen Falle Anwendung, wenn Erbschaftsgläubiger, justissima ignorantiae causa allegata, durch nachgesuchte Separation der Güter in Schaden gekommen sind.[1]

Für eine materiellrechtliche i. i. r. propter dolum scheint l. 1 § 6 D. de dolo malo 4, 3 zu sprechen. Ulpian sagt daselbst:

„Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere . . . .“

Die i. i. r. geht hiernach der actio doli vor. Sollte daraus aber auf eine materiellrechtliche Wiedereinsetzung auf Grund des Betruges geschlossen werden, so würde die actio doli, so oft ihre Voraussetzungen gegeben wären, von der i. i. r. verdrängt werden.[2] Dem widersprechen aber alle Stellen, in denen eine actio doli für zulässig erklärt ist.[3] Ganz besonders steht dieser Annahme l. 38 D. de dolo malo 4, 3 entgegen:

„Quidam debitor epistulam a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hac epistula creditor deceptus

1. Vangerow I § 186 S. 322. Windscheid I § 118 S. 311 fg. Brinz-Lotmar IV § 529 S. 60 a. E. Siehe l. 1 § 17 D. de separat. 42, 6.

2. Siehe Brinz I § 120 S. 429.

3. z. B. wird nur die actio doli zugestanden, wenn jemand durch dolus zum Erbschaftsantritt oder zur Ausschlagung einer Erbschaft gebracht wurde: l. 9 § 1 und l. 40 D. de dolo malo 4, 3.

Aquil ana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistula falsa vel inani reperta creditor maior quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur."

Ulpian gesteht in obigem Falle die i. i. r. nur dem minderjährigen getäuschten Creditor zu, verweist dagegen den grossjährigen auf die actio doli.

Auch in l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4, 1 ist von keiner materiellrechtlichen Restituition die Rede:

„Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest."

Marcellus empfiehlt, lieber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, als eine infamierende Klage zu gewähren, zu welcher man dann erst sich herbeilassen muss, wenn keine andere Klage statthaben kann. Betrachtet man aber diese Stelle im Zusammenhange mit dem principium der l. 7 c., so ist zu entnehmen, dass die Wiedereinsetzung hier geschehen soll, weil jemand durch den dolus des Prozessgegners an der rechtzeitigen Geltendmachung eines Rechts gehindert worden ist. Die restitutio ist demnach hier eine prozessuale.[4]

Prozessualer Natur ist die i. i. r. propter dolum ferner auch in l. 33 D. de re iud. 42,1, wonach der Rechtsstreit wieder in den vorigen Stand versetzt werden soll, wenn eine res iudicata durch Aussagen bestochener Zeugen hervorgebracht ist. Auch in l. 3 § 1 D. de eo per quem 2, 10 ist ebenfalls nur von einer Wiedereinsetzung im Prozesse die Rede, weil durch den dolus eines Dritten eine Ver-

---

4. Vergl. Burchardi a. a. O. S. 377 fg.

säumnis des Termins vonseiten des Klägers stattgefunden hatte. Die hier noch zu allegierende l. 18 D. de interr. in iure fac. 11, 1 kann, da sie nicht von einem Betruge redet, ebensogut von einem Irrtum verstanden werden. Auch sie behandelt einen Fall der prozessualen Wiedereinsetzung.

Dass unter der in l. 10 C. de rescind. vend. 4, 44 genannten i. i. r. eine Klage auf Rescission des Vertrages verstanden werden könne, ist oben schon gesagt worden. Diese l. c. ist ebensowenig ein sicherer Beweis für eine materiellrechtliche Wiedereinsetzung wegen Betruges neben der bonae fidei actio wie die dafür gewöhnlich noch angeführte l. 3 C. quib. ex causis maior. 2, 54.[5]

Da auch im Edikt über den Betrug von einer i. i. r. im engeren und eigentlichen Sinne nicht die Rede ist, so ist wohl mit Recht zu sagen, dass eine materiellrechtliche i. i. r. propter dolum in den Quellen nicht erweisbar ist.[6]

---

5. Windscheid I § 115 A. 1. S. 304.

6. Anders Burchardi a. a. O. S. 376—382. Siehe auch S. 99 fg.

III. Abteilung.

Der Betrug nach dem B. G. B.

§ 23.

Begriff der arglistigen Täuschung.

Um die Trennung zwischen civilrechtlichem und strafrechtlichem Betrug hervorzuheben, gebraucht das B. G. B.[1] statt der Bezeichnung „Betrug" den Ausdruck „arglistige Täuschung". Während der 1. Entwurf in § 103 noch von Betrug spricht,[2] hat der 2. Entwurf in § 98 die Aenderung vorgenommen.[3] Man ging von der Annahme aus, dass die unsittliche Beeinflussung des Willens auch dann die Anfechtbarkeit eines daraus hervorgegangenen Rechtsgeschäfts erfordere, wenn der Anfechtende einen vermögensrechtlichen Schaden nicht erlitten habe.[4]

Auf die Feststellung des Betrugsbegriffes hat der 1. Entwurf, ebenso auf diejenige des Begriffes „arglistige Täuschung" der 2. Entwurf und das B. G. B. verzichtet. Um nun zu einer Begriffsbestimmung zu gelangen, müssen

1. § 123 d. B. G. B.

2. § 103 (1 Entw.): „Ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten etc."

3. § 98 (2. Entw.) „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder durch Drohung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten."

4. Reatz: „Entwurf eines B. G. B. 2. Lesung unter Gegenüberstellung der 1. Lesung." S. 54 A. 2. Siehe auch Protokolle S. 119.

wir vor allen Dingen festhalten, dass durch die Aufnahme des Ausdrucks „arglistige Täuschung" in § 123 des B. G. B., dessen Wortlaut mit geringer redaktioneller Aenderung derselbe ist wie der des § 98 des 2. Entwurfs, bezeichnet werden soll, dass eine Schadenszufügung nicht Voraus. setzung der arglistigen Täuschung im B. G. B. ist. Danach steht das B. G. B. auf dem Standpunkte, den bereits das Pr. Allgem. L.-R. und das Sächs. B. G. B. einnehmen.[5] Das Pr. Allgem. L.-R. bestimmt in Teil 1 Titel 4:

§ 84. „In keinem Falle (aber) kann derjenige, welcher einen Irrtum wissentlich oder vorsätzlich veranlasst hat, daraus ein Recht erwerben."

§ 85. „Vielmehr ist jede durch Betrug veranlasste Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich."

Das Sächs. B. G. B. definiert den Betrugsbegriff folgendermassen:

§ 835. „Als Betrug gilt die Erzeugung eines Irrtums durch Täuschung, ingleichen die Benutzung eines schon vorhandenen Irrtums, vorausgesetzt in beiden Fällen, dass Wahrheit und Aufklärung über das Verhältnis, rücksichtlich dessen geirrt wurde, nach Treu und Glauben zu erwarten war."

Der Nachweis eines Vermögensschadens ist bei dem civilrechtlichen Betrug nach dem Pr. Allgem. L.-R. nicht erforderlich, da „jede durch Betrug veranlasste Willenserklärung unverbindlich ist", ebensowenig nach dem Sächs. B. G. B. Es bedeutet mithin „Betrug" in beiden Gesetzen dasselbe, was „arglistige Täuschung" im B. G. B. bezeichnen soll.

Was unter „Arglist" zu verstehen ist, erfahren wir aus dem B. G. B. nicht. „Arglist gehört zu den vielen juristischen Begriffen, welche das B. G. B. recipiert aber nicht näher bestimmt hat.[6] Es scheint still-

---

5. Meisner: „Das B. G. B. für das deutsche Reich." S. 116 fg.

6. Endemann: „Einführung in das Studium des B. G. B. (Berlin 1898) I S. 44. (3. u. 4. Aufl.)

schweigend angenommen zu haben, dass, wie im Strafgesetzbuch (Str.-G.-B.) § 263, unter „arglistige Täuschung", jede Täuschung „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen" zu verstehen ist.[7] Der Ausdruck „arglistig" kennzeichnet das unsittliche Verhalten, durch welches absichtlich ein Irrtum beim Gegner erzeugt oder unterhalten und ein nachteiliger Willensentschluss hervorgerufen werden soll.[8] Arglist ist auch im Sinne böser Absicht zu verstehen[9] und deckt sich so mit der Labeonischen calliditas und fallacia, der bewussten rechtswidrigen[10] Absicht. Nach § 443 und § 476[11] liegt auch in der Arglist das Florentinische insidiose obscure dissimulare, das listige Verschweigen wahrer Thatsachen oder Eigenschaften, deren Offenbarung die Pflicht jedes redlichen Menschen sein würde, die Benutzung oder Unterhaltung des entstandenen Irrtums.

Ein arglistiges Verhalten widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben, der Pflicht zur Wahrhaftigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Wie die bona fides des römischen Obligationenrechts der Gegensatz von dolus malus, in gewissen Fällen auch von culpa,[12] ist, so ist Treu und Glauben der Gegensatz von arglistiger Täuschung. Wo Treu und Glauben zu erwarten ist, da ist ein Handeln nach der objektiven Auf-

7. v. Lisst: „Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht" in „Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines B. G. B. (1889) S. 25.

8. Endemann a. a. O. S. 312 (§ 73) u. S. 483 A. 6.

9. Siehe B. G. B. §§ 318 ², 2, 443, 476, 1334, 1337 ², 2339 No. 3.

10. Plauk: „Das B. G. B. erläutert v. Pl." sagt dagegen S. 173: „Für die arglistige Täuschung gilt dies Erfordernis (Widerrechtlichkeit) nicht, da bei ihr, im Sinne des § 123, immer Widerrechtlichkeit vorliegt."

11. Siehe auch B. G. B. §§ 460, 463.

12. Pernice a. a. O. S. 310 ff. Siehe auch S. 159 A. 1.

fassung anständiger und redlicher Menschen zu erwarten, ein Handeln nach einer Norm, wonach die generelle Gesinnung sich bestimmt.[13] Deshalb ist ein Hervorheben von Treu und Glauben neben der Arglist ganz überflüssig.[14]

Hiernach ergiebt sich:

Arglistige Täuschung ist das bewusste Hervorbringen oder Unterhalten eines gegnerischen Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen.[15]

Eine völlig erschöpfende Definition des Begriffs „Arglist" erscheint ausgeschlossen, da das Wort eine weite Interpretation zulässt gleich den römischen Ausdrücken machinatio, omnis calliditas, fallacia etc. Nicht mit Unrecht hat der Gesetzgeber eine Definition des Begriffs „arglistige Täuschung" unterlassen, wie ja auch die römischen Juristen bei ihren Versuchen einer Definition des Dolus-Begriffes sowohl eine kasuistische Aufzählung wie eine erschöpfende Begriffsbestimmung vermieden. Es bleibt dem juristischen Takte des Richters überlassen, im konkreten Falle „das Richtige" zu finden.[16]

§ 24.

Voraussetzungen und Folgen der arglistigen Täuschung.

Wie wir gesehen haben, deckt sich der Begriff „arglistige Täuschung" mit dem römisch rechtlichen Begriff des Dolus in kontraktlichen Verhältnissen. Demnach sind auch die Voraussetzungen des Betrugs oder besser

13. Pernice a. a. O. S. 172. Hagen: „Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr." S. 14 ff. Dagegen Thöl: „Handelsrecht" 5. Aufl. S. 49 und Endemann: „Das deutsche Handelsrecht" 1. Aufl. 1865 S. 14 A. 17 u. S. 438.

14. v. Lisst a. a. O. S. 24.

15. D. Str. G. B. § 263. Meisner (B. G. B.) S. 116.

16. Pernice: „Sachbeschädigung" S. 48. Binding a. a. O. S. 272 A. 319.

der arglistigen Täuschung nach dem B. G. B. gleich den gemeinrechtlichen des Verkehrsdolus. Es greifen somit alle oben (§§ 3—6) näher erörterten Voraussetzungen des Dolus in kontraktlichen Verhältnissen ein, und es ist hier, wie dort der dolus, die arglistige Täuschung an sich, durch die eine unsittliche Einwirkung auf die Willensbestimmung des andern Teils versucht wird, welche mit der Abgabe der Willenserklärung den Betrug oder das Delikt der arglistigen Täuschung vollendet und den Grund des dem Betrogenen gewährten Rechtsschutzes bildet.

Hervorzuheben sind nur noch folgende besondere Einzelheiten:

Das Verhalten ist ein arglistiges nicht nur, wenn der Erklärende wissentlich etwas Unwahres behauptet, sondern auch, wenn er das Unwahre als wahr und als seine Ueberzeugung hinstellt, ohne von der Wahrheit überzeugt zu sein, auch wenn ihm nicht gerade die Unwahrheit bekannt ist;[1] z. B. A versichert B, dem Käufer eines Grundstücks, dieses habe einen bestimmten Flächeninhalt und sei frei von Servituten, ohne sich vorher überzeugt zu haben, dass die Grösse desselben oder die Servitutenfreiheit dementsprechend sei. Ist er sich bei Abgabe der Erklärnng bewusst, dass er die Verhältnisse nicht genau genug kennt, um derartige Versicherungen abzugeben, und erweckt oder unterhält er durch seine Versicherung in B einen Irrtum, auf Grund dessen B den Handel abschliesst, so liegt der Thatbestand einer arglistigen Täuschung vor, auch wenn B einen Vermögensschaden dadurch nicht erleiden sollte. Aber auch wenn ein unbeteiligter Dritter die unrichtige Erklärung abgegeben und der Verkäufer aus Fahrlässigkeit derselben nicht widersprochen hat, wird

1. Vergleiche betreffs des preussischen Rechts das Urteil des R. G. v. 6. April 1889 in Gruchot: „Beiträge etc." B. 33 S. 850 und Meisner: „Das B. G. B." Kommentar I S. 116.

sein Verhalten als ein rechtswidriges anzusehen sein, falls er die Täuschung kannte oder kennen musste.[2]

Als arglistig Handelnder wird auch derjenige Dritte angesehen, zu dessen Gunsten die täuschende Erklärung abgegeben worden ist, wenn der begünstigte Dritte die Täuschung kannte oder kennen musste. Wenn z. B. ein kranker Mann zu Gunsten seiner Frau sein Leben versichert und die betreffende Lebensversicherungsgesellschaft über seinen Gesundheitszustand getäuscht hat, so kann die Versicherungsgesellschaft nach dem Tode des Mannes die Auszahlung der Versicherungssumme an die Frau verweigern, auch wenn diese nicht doli particeps ist, sondern ihr Nichtkennen der Täuschung auf blosser Fahrlässigkeit beruht.[3]

Arglistig handelt ferner derjenige, der absichtlich Dinge und Umstände verschweigt, von welchen er weiss, dass der andere Teil sie zwar bemerken konnte, aber doch nicht bemerkt hat.[4] Es ist demnach, wie im gemeinen Recht, gleichgiltig, ob der im Gegner hervorgerufene oder unterhaltene Irrtum ein verschuldeter oder unverschuldeter ist. Gleichgiltig ist ferner, ob die Täuschung sich auf wesentliche Teile der Willenserklärung oder auf beliebig andere Umstände bezieht; erforderlich ist nur, dass die Willenserklärung durch die Täuschung beeinflusst ist.

2. Das Kennenmüssen bedeutet nach B. G. B. § 122 Abs. 2: „in Folge von Fahrlässigkeit nicht kennen." „Nur die thatsächliche Unkenntnis von solchen Thatsachen, die dem Schuldner auch bei angemessener Sorgfalt verborgen bleiben konnten, schliesst die Fahrlässigkeit aus." Siehe Endemann a. a. O. I S. 486 A. 7. Vergl. l. 29 pr. D. mandati 17, 1: „dissoluta neglegentia prope dolum est." Siehe B. G. B. § 123 Abs. 2 Satz 1.

3. B. G. B. § 123 Abs. 2 letzter Satz. Meisner a. a. O. S. 118. Im bisherigen Recht ist ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen der Kenntnis der Arglist nicht gleichgestellt.

4. B. G. B. §§ 443, 460, 463. Vergl. l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1.

Auch ein pactum ne dolus praestetur ist wie im gemeinen Recht[5] nach § 276 Abs. 2 ungiltig:

„Die Haftung wegen Versatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.“[6]

Abweichend vom gemeinen Recht sind die rechtlichen Wirkungen der arglistigen Täuschuug gestaltet:

§ 123 sagt: (Abs. 1)[7]

„Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung . . . bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“

Ein Thatbestandsmoment des Rechtsgeschäftes ist die nicht rechtswidrig beeinflusste Willenserklärung. Ist die Willenserklärung durch arglistige Täuschung widerrechtlich beeinflusst worden, so ist es in den Willen des widerrechtlich Beeinflussten gestellt, ob er die Willenserklärung anfechten will oder nicht.[7] Vor der Anfechtung ist das anfechtbare Rechtsgeschäft, sofern alle sonstigen Erfordernisse vorliegen, vollständig wirksam.[8]

Betrifft die Täuschung den Inhalt der Erklärung, z. B es unterschreibt jemand eine Schuldurkunde, die nach seinem Willen über 300 Mark lauten soll; der andere Teil hat aber die Schuldurkunde über 3000 Mark ausgestellt und zu veranstalten gewusst, dass dem Unterschreibenden

5. Siehe oben § 16 A. 1 am Ende.

6. B. G. B. § 476 Vergl. § 443. Vergl. ferner l. 23 D. de R. J. 50, 17; l. 27 § 3 D. de pactis 2, 14; l. 17 pr. D. commodati 13, 6; l. 1 § 7 D. depositi 16, 3; l. 6 § 9 D. de A. E. V. 19, 1. Lotmar: „Der unmoralische Vertrag“ (Leipzig 1896) S. 39.

7. Vergl. Pr. Allg. L. R. I, 4 §§ 31 ff.; §§ 84 ff 5 §§ 186 ff. Code civil Art. 1117. Schweizer Ob. R. Art. 24, 26.

8. Zitelmann: „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B. (Berlin 1890) II S. 69.

dieser Umstaud entgeht, — so überwiegt die Divergenz von Wille und Erklärung. Die Erklärung ist aber nicht wie nach gemeinem Recht wegen wesentlichen Irrtums nichtig, sondern nur anfechtbar, d. h. sie besteht bis zur Anfechtung zu Recht. Diese erfolgt in obigem Falle nach § 119.[9]

Ist die arglistige Täuschung von dem Vertragsgegner verübt, so ist die Willenserklärung seitens des Getäuschten stets anfechtbar; sie ist es aber auch, wenn die arglistige Täuschung von einem bei dem Vertrage nicht beteiligten Dritten verübt ist, nach § 123 Abs. 2 in dem Falle, wenn der Vertragsgegner (der Empfänger der empfangsbedürftigen Erklärung) die Täuschung kannte oder kennen musste, d. h. nicht nur, wenn er doli particeps war, sondern auch, wenn seine Nichtkenntnis der Täuschung auf Fahrlässigkeit beruhte. Beruhte sie nicht auf Fahrlässigkeit so ist das Rechtsgeschäft nicht anfechtbar. Es kann demnach der vom Schuldner getäuschte Bürge seine Bürgschaftserklärung dem redlichen Gläubiger gegenüber nicht anfechten.[10] Er hat in diesem Falle nur eine Entschädigungsforderung gegenüber dem unredlichen Schuldner. Dasselbe ist zu sagen, wenn z. B. „ein Unterhändler (nicht Vertreter) bei einem Grundstückskaufe, etwa um mit Rücksicht auf seinen eventuellen Provisionsanspruch das Zustandekommen des Kaufs herbeizuführen, dem Kauflustigen arglistiger Weise unwahre Angaben über die Grösse, Bodenbeschaffenheit etc. macht, so kann der Käufer einer solchen Täuschung wegen, wenn der Verkäufer selbst davon nichts wusste und auch nichts wissen konnte, das Kaufgeschäft nicht anfechten. Wird aber durch die Täuschung

9. Endemann a. a. O. S. 313.

10. Eck: Sammlung v. Vorträgen über den Entwurf eines B. G. B. (Berlin 1896) S. 52; Strohal in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 34 S. 347.

der Käufer in einen im Sinne des § 119 wesentlichen Irrtum versetzt, so kann deshalb, d. h. des Irrtums, nicht der Täuschung wegen, die Anfechtung geltend gemacht werden."[11]

Hat ein anderer als der Erklärungsempfänger aus der durch eine arglistige Täuschung hervorgerufenen Willenserklärung unmittelbar ein Recht erworben, so findet auch gegen ihn die Anfechtung statt, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.[12] Den Grund der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bildet hiernach nicht die Willensunfreiheit des Getäuschten, sondern das rechtswidrige Verhalten des Anfechtungsgegners.[13]

Auch ohne eine Vermögensbeschädigung ist das Rechtsgeschäft wegen arglistiger Täuschung anfechtbar. Das Delikt an sich ist das die Anfechtung begründende Moment.

§ 25.

Die Anfechtung und ihre rechtlichen Wirkungen.

§ 142 Abs. 1 sagt:

„Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen."

Das B. G. B. betrachtet hiernach die Anfechtbarkeit „als eine vom erklärten Willen bestimmter beteiligter Personen abhängige (eventuelle) Nichtigkeit."[1] Das vor der Anfechtung giltige Rechtsgeschäft wird nach derselben nichtig mit rückwirkender Kraft.[2] Dies bedeutet eine praktisch erhebliche Abweichung vom gemeinen und dem bisherigen Recht, nach welchem die Anfechtung propter

11. Meisner a. a. O S. 117.

12. B. G. B. § 123 Abs. 2 Satz 2. § 143 Abs. 2. Siehe das Beispiel der Lebensversicherung oben S. 96.

13. Eck a. a. O. S. 52.

1. Meisner a. a. O. S. 137.

2. Dagegen Endemann a. a. O. S. 320 fg.

dolum die Bedeutung hat, dass der Betrogene (beim dolus in kontraktl. Verh.) nur mittelst der Kontraktsklage Restitution oder Schadensersatz erlangen kann. Statt der gemeinrechtlichen Anfechtbarkeit statuiert das B. G. B. das Prinzip, dass die betrügerisch zustande gekommenen Rechtsgeschäfte von der Rechtsordnung nicht anzuerkennen sind, stellt es aber in den Willen des Betrogenen, die durch die arglistige Täuschung ihm abgerungene Willenserklärung von Anfang an nichtig zu machen.[3] Der Betrüger ist an den Vertrag gebunden, der Betrogene nur, wenn er ihn gelten lassen will.

Die Anfechtung erfolgt durch den Betrogenen gegenüber dem Anfechtungsgegner. Anfechtungsgegner ist bei einem betrügerischen Vertrage der Mitkontrahent, gleichviel ob er die arglistige Täuschung selbst verübte, oder doli particeps insoweit ist, dass er die Täuschung kannte, oder wenn er sie kennen musste. Bei einem betrügerischen Vertrage zu Gunsten Dritter ist Anfechtungsgegner derjenige, der aus dem Vertrage unmittelbar ein Recht erworben hat.[4]

Die Form der Anfechtung ist in das subjektive Belieben des Anfechtungsberechtigten gestellt. Es genügt zur Vernichtung des Rechtsgeschäfts eine an keine Form gebundene private Anfechtungserklärung.[5] Diese ist wirksam, wenn

3. Es ist nach § 139 auch in den Willen des Betrogenen gestellt, ob er das Rechtsgeschäft an sich gelten lassen will (sog. teilweise Anfechtbarkeit). Eine Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens kennt das B. G. B. nicht.

4. actio in personam scripta. B. G. B. § 123 Abs. 2 Satz 2. § 143 Abs. 2.

5. B. G. B. § 143 Abs. 1. Es genügt auch eine sogenannte stillschweigende Erklärung; doch wird zur thunlichen Vermeidung von Streitigkeiten eine ausdrückliche Erhlärung abzugeben sein, da der Begriff „stillschweigende Erklärung“ unsicher ist. Meisner a. a. O. S. 119.

sie dem Gegner zugegangen ist. Eine Anfechtung im Wege der Klage ist nicht erfordert.[6]

Die Anfechtungsbefugnis ist kein Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 und unterliegt demgemäss nicht der Verjährung.[7] Es ist aber, „damit der Berechtigte die Lage nicht nach Belieben in der Schwebe lassen kann,“[8] die Anfechtung an eine doppelte Ausschlussfrist gebunden. Sie muss innerhalb eines Jahres, von der Entdeckung der Täuschung an gerechnet, erfolgen. Sind aber nach Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verflossen, so fällt das Recht der Anfechtung unbedingt weg.

Auf die Ausschlussfristen finden grundsätzlich die für die Verjährungen gegebenen Bestimmungen bezüglich der Hemmung und Unterbrechung der einjährigen Frist keine Anwendung. Aber nach § 124 Abs. 2 soll bei arglistiger Täuschung der Lauf der einjährigen Frist wie eine Verjährung gehemmt sein, wenn die Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt[9] verhindert ist. Ferner wird die Ausschlussfrist, „wenn der Berechtigte geschäftsunfähig, oder nur beschränkt geschäftsfähig, aber ohne gesetzlichen Vertreter ist, nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach Eintritt der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit oder Wegfall des Mangels der Vertretung vollendet.“[10]

6. Die Motive zum 1. Entwurf sagen: (Bd. I S. 220, 221) „Die Anfechtung lediglich im Wege der Klageerhebung zuzulassen, würde zwar den Vorteil gewähren, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer erfolgten Anfechtung alsbald festgestellt und einer möglicherweise längeren Dauer der Ungewissheit vorgebeugt würde. Die Ausübung der Anfechtung würde indessen damit ohne Not erschwert.“

7. Motive I S. 221.

8. Eck a. a. O. S. 52. Siehe auch Motive I S. 208 ff.

9. Was „höhere Gewalt“ ist, muss die Wissenschaft erforschen. Nach Goldschmidt ist vis major ein solches Ereignis, das der Verpflichtete in casu concreto nicht abwenden konnte.

10. Eck a. a. O. S. 53.

Die erfolgreiche Anfechtung hat die Wirkung, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft „als von Anfang an nichtig anzusehen" ist. Sie wirkt „in solcher Weise nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegen Dritte, welche in der Zeit zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und der Anfechtung den auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäftes übertragenen Gegenstand erworben, bezw. Rechte an demselben erlangt oder sonst mit der einen oder andern Partei anlässlich der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtslage in Geschäfte sich eingelassen haben."[11] Der frühere Zustand wird von Rechtswegen wieder hergestellt. „Ist Eigentum an einer beweglichen Sache anfechtbar übertragen, so fällt dasselbe mit der Anfechtung zurück, ohne dass es der Rückübertragung bedarf. Handelt es sich um ein Grundstück, so wird der Inhalt des Grundbuches unrichtig, und es kann die Berichtigung desselben verlangt werden."[11,12]

Der Schutz des Getäuschten ist nach dem B. G. B. grösser bei dieser dinglich wirkenden als bei einer nur obligatorischen Anfechtung für den Fall des Konkurses dessen, der die Täuschung verübt hat; denn er kann infolge der Nichtigkeit des Geschäfts die veräusserten Gegenstände, z. B. die dem Gemeinschuldner auf betrügerischen Kredit gelieferten Waren aus der Konkursmasse zurückfordern.[13]

Wird ein betrügerisches Rechtsgeschäft mit Erfolg angefochten, welches Rechtsverhältnisse von längerer Dauer begründet hat, wie Pacht, Societät etc., so hat die Auseinandersetzung der Parteien, da es „als nicht vorgenommen"

11. Motive I S. 219.

12. B. G. B. § 894. Siehe die Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Dritter zufolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs: B. G. B. §§ 892, 893, bei beweglichen Sachen: §§ 932, 1032, 1207, 1208, 1244.

13. Meisner a. a. O. S. 138.

angesehen wird, nach den Bestimmungen bezüglich ungerechtfertigter Bereicherung [14] und betreffs des Schadensersatzes wegen unerlaubter Handlungen [15] zu erfolgen.

Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubten Handlungen kann an Stelle der Anfechtung oder neben ihr stets geltend gemacht werden, wenn durch die arglistige Täuschung ein Vermögensschade entstanden ist.

Mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist gilt die durch Täuschung veranlasste Willenserklärung als genehmigt Aber dem Verletzten bleibt ein Schadensersatzanspruch wegen der widerrechtlichen Täuschung nach den Grundsätzen über die Haftung wegen unerlaubter Handlungen.[16] Nach der Verjährung auch dieses Anspruchs [17] kann der Getäuschte, falls der Gegner eine Forderung durch die rechtswidrige Täuschung erlangt hat, sich auf den Anfechtungsgrund berufen und die Erfüllung derselben dauernd verweigern,[18] falls derselbe etwas auf Kosten des Verletzten erlangt hat, die Herausgabe des unrechtmässig Erlangten nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung fordern.[19]

Nach § 249 hat nun der zum Schadensersatz Verpflichtete in erster Linie den früheren Zustand wieder herzustellen. Demnach hat der Getäuschte auch nach Ablauf der einjährigen Ausschlussfrist ein obligatorisches Anfechtungsrecht, d. h. er kann Aufhebung (Restitution) des

---

14. B. G. B. §§ 812 ff.

15. B. G. B. §§ 823, 826 ff.

16. B. G. B. §§ 823, 826 ff.

17. B. G. B. § 852: „Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in 3 Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt" etc.

18. B. G. B. § 853. Denkschrift S. 24. Vergl. Motive I S. 208.

19. B. G. B. § 852 Abs. 2.

Rechtsgeschäfts mit Ausschluss der Wirkung gegen Dritte erlangen. Zur Begründung dieses Anspruchs kann er sich aber nicht auf die gegen ihn verübte arglistige Täuschung berufen, sondern hat den Beweis zu führen, dass er durch das Verhalten des Gegners einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten habe.[20]

Hat ein ausserhalb des Vertragsverhältnisses stehender Dritter die Täuschung verübt, so findet gegen ihn die Anfechtung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen statt, d. h. es tritt Schadensersatzpflicht nach § 249 ein.[21]

---

20. Dieser Anspruch verjährt gemäss § 852 (s. A. 17) in 3 Jahren.

21. Der Getäuschte hat auch eine Einrede aus der arglistigen Täuschung. Zwar stellt das B. G. B. eine allgemeine exceptio doli specialis nirgend auf; aber nach § 853 erlangt der Verletzte gegen eine Forderung aus einer unerlaubten Handlung eine unverjährbare Einrede, und diese „ist eine exceptio doli specialis, die sich auf die arglistige Täuschung nach § 123 stützt. Eine exceptio doli generalis ist ausdrücklich abgelehnt worden, weil sie die Grenze zwischen Recht und Moral zu verwischen drohe.“ Endemann a. a. O. S. 315 A. 4.

An besondere engere Voraussetzungen ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Betreff der Eheschliessung geknüpft. Im Uebrigen gelten die Vorschriften der §§ 123 u. 124 für alle Willenserklärungen. Bei den letztwilligen Verfügungen ist die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung durch die erweiterte Anfechtbarkeit wegen Irrtums gedeckt und deshalb nicht besonders erwähnt. Siehe Denkschrift S. 24.

Das kanonische Recht übergeht die Frage, ob der Betrug als selbständiges Ehehindernis zu gelten habe, mit völligem Stillschweigen, woraus v. Scheurl („Das gemeine deutsche Eherecht“ (1882) S. 145) schliesst, dass es den Betrug als Ehehindernis nicht gelten lassen will. Dagegen erkennt Bartels („Ehe und Verlöbnis“ S. 110) das Ehehindernis des Betrugs an und stützt sich darauf, dass das sittliche Wesen der Ehe nötige, jenes Ehehindernis gelten zu lassen. Nach kanonischem Recht hat aber nur ein wesentlicher

§ 26.

Anfechtung wegen Irrtums und deren rechtliche Wirkungen.

Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Irrtums enthält § 119:

„Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden."

Die unabsichtliche Divergenz von Wille und Erklärung macht diese anfechtbar:

1. wegen nicht gewollten Inhalts der Erklärung: error in iudicando, z. B. der Erklärende unterschreibt eine Urkunde, die einen andern Inhalt hat, als er meinte;

2. wegen nicht gewollten Thuns: error in faciendo, z. B. der Erklärende verspricht oder verschreibt sich. Damit vollzieht er einen Erklärungsakt, den er nicht wollte;

3. nach § 120 wegen unrichtiger Uebermittlung der Erklärung durch eine dazu verwendete Person oder Anstalt.

Irrtum ehehindernde Wirkung. Ein durch Betrug hervorgerufener unwesentlicher Irrtum hat diese Wirkung nicht.

Der gemeinrechtliche Dolus in ausserkontraktlichen Verhältnissen fällt nach dem B. G. B. unter die Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Die Bestimmung des § 826 bildet insbesondere einen Ersatz für die gemeinrechtliche actio doli:

§ 826: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Das juramentum in litem besteht nicht mehr nach C. Pr. O. § 287 (260) Abs. 1 a. E. u. Abs. 2.

Ein Irrtum von einer der drei bezeichneten Arten soll jedoch ohne Rücksicht darauf, ob er entschuldbar ist oder nicht, lediglich dann Anfechtungsgrund sein, wenn anzunehmen ist, dass der Irrende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. „Es soll also nicht bloss auf die subjektive Anschauung des Erklärenden und darauf ankommen, ob ihm der Punkt, in dem er irrte, als wesentlich erschien, aber andererseits auch nicht bloss auf die objektive Würdigung dieses Punktes durch die Verkehrsanschauung, sondern die Bedingtheit der Erklärung durch den Irrtum muss sowohl vom Standpunkt ihres Urhebers, als von dem eines verständigen Beurteilers aus gesehen, vorliegen."[1] Durch diese Verbindung des objektiven und subjektiven Massstabes der Willenserklärung wird der Kreis der geltend zu machenden Irrtümer bestimmt.

Nach § 119 Abs. 2 gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über eine solche Eigenschaft der Person oder der Sache, welche im Verkehr als wesentlich angesehen wird, d. h. „deren Nichtvorhandensein die Person oder die Sache für den Verkehr zu einer andern macht, als sie es mit jener Eigenschaft sein würde."[2] In Verbindung mit § 119 Abs. 1 bildet nun eine derartige Eigenschaft auch einen Anfechtungsgrund, wenn auch der Irrende sie für wesentlich hielt.[3] „Die im § 119 grundsätzlich statuierte Verbindung des objektiven und subjektiven Massstabes der Willenserklärung gilt also auch bei einem Irrtum über Eigenschaften."[4]

---

1. Eck a. a. O. S. 46. Siehe auch die von Eck auf S. 47 fg angeführten Fälle der Anfechtung wegen subjektiver und objektiver Erheblichkeit des Irrtums. Dagegen Endemann a. a. O. S. 307 A. 11. Siehe auch Denkschrift S. 22.

2. Eck a. a. O. S. 45.

3. Anders Endemann a. a. O. S. 307.

4. Meisner a. a. O. S. 110. Den Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache betrachtete der 1. Entwurf nach den Mo-

Nicht erforderlich ist zur Anfechtung nach § 119, dass der Gegner den Irrtum erkannt hat oder erkennen musste.[5]

Bis zur Anfechtung ist die abgegebene Erklärung giltig.

Das Anfechtungsrecht hat allein der Irrende, nicht der andere Teil.

Nach § 121 muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) nach erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde erfolgen.[6] Die schuldhafte Verzögerung bezieht sich aber nur auf die Abgabe der Anfechtungserklärung, nicht auf die Entdeckung des Irrtums.[7] Als rechtzeitig erfolgt gilt die Anfechtung, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist. Danach schadet eine Verzögerung des Zugehens der Erklärung nicht; aber sie wird dem andern Teil gegenüber erst in dem Zeitpunkt wirksam, wenn sie ihm zugeht.[8]

---

tiven I S. 199 als „Irrtum in den Beweggründen", welcher in § 102 des 1. Entwurfs, „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne Einfluss" erklärt war. Im 2. Entwurf wurde diese Vorschrift gestrichen, da die Grenzlinie zwischen Irrtum im Motiv und im Geschäftswillen schwer zu ziehen sei. Der Wissenschaft müsse es überlassen bleiben, eventuell den Irrtum in der Person oder Sache als Irrtum im Beweggrunde zu charakterisieren. Protokolle S. 118 Reatz I S. 53 fg. Siehe Meisner a. a. O. S. 109.

5. Meisner a. a. O. S. 111.

6. Eck a. a. O. S. 48 hat Bedenken über die Strenge dieser Vorschrift, nach welcher der Irrende sein Anfechtungsrecht verliert, wenn er nach erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde dies nicht unverzüglich ausübt. Siehe seine angeführten Beispiele auf S. 48 und 49. Dagegen Endemann a. a. O. S. 310 A. 16.

7. Endemann a. a. O. S. 309.

8. B. G. B. § 130 Abs. 1. Meisner a. a. O. S. 113. Ueber die Anfechtung eines Testaments, wenn der Erblasser über den Inhalt der Erklärung im Irrtum war, siehe § 2078, über die Anfechtungsfrist § 2082.

Das Anfechtungsrecht erlischt nach § 121 Abs. 2, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verflossen sind.[9]

Anfechtungsgegner ist bei einer empfangsbedürftigen Erklärung[10] der Empfänger der anzufechtenden Erklärung, bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen[11] der unmittelbar daraus Bevorteilte. Bei Ungewissheit eines beteiligten Gegners ist die Erklärung einer Behörde gegenüber abzugeben.

Durch die erfolgreiche Anfechtung wird die Erklärung nichtig von Anfang an. Aber der Anfechtungsgegner hat nach § 122 einen Anspruch auf Schadensersatz für den Schaden, den er dadurch erleidet, dass er auf die Giltigkeit der Erklärung vertraut hat, also auf das negative Interesse, jedoch nicht über den Betrag des positiven (Erfüllungs-Interesse), d. h. seines Angebots, hinaus.[12]

Nach § 122 Abs. 2 tritt die Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit

9. Siehe hierüber Eck a. a. O. S. 50.

10. Empfangsbedürftig ist eine Erklärung bei einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. die Erklärung bei Erteilung der Vollmacht § 167, bei Kündigung des Mietsverhältnisses § 542, beim Widerruf der Schenkung § 531 u. s. w. Siehe Endemann a. a. O. S. 281.

11. Nichtempfangsbedürftig und doch objektiv bindend ist die Erklärung z. B. bei Anerkennung eines Kindes durch den Ehemann § 1598, bei Annahme einer Erbschaft §§ 1943, 1946, u. s. w. Endemann a. a. O. S. 282 fg.

12. Nach römischem Recht machte culpa in contrahendo nicht verantwortlich, wohl aber nach gemeinem. Dernburg: Pandekten II § 10 S. 28. Siehe auch A. 11. Siehe daselbst auch B. G. B. §§ 179, 307.

kannte, oder infolge von Fahrlässigkeit[13] nicht kannte, d. h. wenn er sie kennen musste.[14]

Den Wegfall der Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 2 hat der, um dessen Erklärung es sich handelt, zu behaupten und zu beweisen.[15]

---

13. Auch bei leichter Fahrlässigkeit wird die Unkenntnis der Anfechtbarkeit der Kenntnis gleichgestellt.

14. Die Schadensersatzpflicht weicht bei Anfechtung nach § 119 infolge arglistiger Täuschung. Siehe oben § 24 S. 97, 98.

15. Meisner a. a. O. S. 115.

Litteratur.

Bartels: „Ehe und Verlöbnis."
Bechmann: „System des Kaufes" II (Erlangen 1884).
Binding: „Die Normen und ihre Uebertretung (Leipzig 1872).
Brinz-Lotmar: „Pandekten" (3. Aufl., Düsseldorf (1873).
Burchardi: „Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand".
Busch: In „Archiv für deutsches Handelsrecht", Bd. 5.
Cicero: „de officiis", (herausgegeben von C. F. W. Müller, Leipzig 1895).
Cohnfeld: „Die Lehre vom Interesse" (Leipzig 1865).
Cucumus: „Ueber das Verbrechen des Betruges".
Dernburg: „Pandekten" (5. Aufl., Berlin 1897).
Eck: „Sammlungen von Vorträgen über den Entwurf eines B. G. B." (Berlin 1890.)
Endemann: „Einführung in das Studium des B. G. B." (3. u. 4. Aufl., Berlin 1898.)
Glück: „Kommentar".
Goldschmidt: „Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit."
Gruchot: „Beiträge".
Hagen: „Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr."
Hänel: „Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli" im Archiv für civil. Praxis, Bd. 12.
Hasse: „Die culpa des römischen Rechts" (1838).
Hausers Annalen, Bd. 3.
Holtzendorffs Rechts-Lexikon (3. Aufl., Leipzig 1880)
Ihering: „Jahrbücher für Dogmatik" und „Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit" im Archiv für pr. R. W. N. F. Bd. 4.

Kierulff: „Entscheidungen des O. A. G. zu Lübeck“ (2. Jahrgang 1866).

Klien: Im Neuen Archiv des Kriminalrechts: (Halle 1816) „Ueber das Verbrechen des Betruges“.

Köstlin: „Ueber die Grenzen zwischen dem strafrechtlichen und dem blos civilrechtlich zu verfolgenden Betruge.“ (In Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 14.)

Lotmar: „Der unmoralische Vertrag“ (Leipzig 1896).

von Lisst: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, (5. Aufl., Berlin 1892) und „Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht“ in: Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines B. G. B. (1889).

Martin: „Lehrbuch des Teutschen gem. Kriminalrechts“ (Halle 1816).

Meisner: „Das Allg. Pr. Landrecht und der Entwurf eines B. G. B.“ (Berlin 1890) und „Das B. G. B., Kommentar“.

Mommsen: „Erörterungen aus dem Obligationenrecht“ (Braunschweig 1879) und „Beiträge zum Obligationenrecht“ (Braunschweig 1853).

Th. Mommsen: „Römisches Strafrecht“ (Leipzig 1899).

Pernice: „Labeo“ II (2. Aufl., Halle 1895) und „Sachbeschädigung“ (Weimar 1867).

Planck: „Das B. G. G., Kommentar.“

Reatz: „Entwurf eines B. G. B. 2. Lesung unter Gegenüberstellung der 1. Lesung.“

Reichs-Gerichts-Entscheidungen (R. G. E.).

Rein: „Kriminalrecht der Römer“ (Leipzig 1848).

Regelsberger: „Pandekten“ I.

Richelmann: „Der Einfluss des Irrtums auf Verträge“ (1837)

Savigny: „System des römischen Rechts“ (1840).

Seuffert: „Pandekten“ (4. Aufl., Würzburg 1860) und Seufferts Archiv.

Scheurl: „Das gemeine deutsche Eherecht“ (1882).

Schneider: „Die allgemeinen subsidiären Klagen“ (1834).

Sintenis: „Pandekten oder das praktische gemeine Civilrecht."

Sprenger: In „Archiv für civilistische Praxis", Bd. 88 (N. F. Bd. 38) 1898.

Strohal: In „Jahrbücher für Dogmatik", Bd. 34.

Unterholzner: „Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen" (Leipzig 1840).

Vangerow: „Pandekten" (7. Auflage, Marburg und Leipzig, 1863).

Voigt: In „Neues Archiv für Handelsrecht", Bd. 2.

Wächter: „Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts" (Stuttgart 1825).

von Wening-Ingenheim: „Die Lehre vom Schadensersatze" (1841).

Windscheid: „Pandekten" (3. Aufl., Düsseldorf 1873). In der Heidelberger Zeitschrift (Bd. 2, 1855) „Wille und Willens-Erklärung".

von Ziegler: „Ueber Betrug beim Vertragsabschlusse" (München 1870).

Zitelmann: „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B." (Berlin 1890).

Inhalts-Verzeichnis.

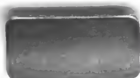
Berichtigungen.

Seite 13 Zeile 31 lies factum statt fastum. — S. 17 Z. 1 lies oder Unterhaltung statt der Unterhaltung. — S. 18 Z. 9 lies Andern statt andern. — S. 25 Z. 21 lies necesse statt nesesse. — S. 27 Z. 23 lies keinen statt seinen. — S. 33 Z. 25 lies empt. statt empl. — S. 33 Z. 31/32 lies Zu-lassung statt Zu-assung. — S. 34 Z. 25 lies quadrupes tua statt quadrupestua. — S. 37 Z. 21 lies danda statt dauda. — S. 37 Z. 31 lies § 20 A. 17 statt § 21. — S. 38 Z. 26 lies permisisses statt promisisses. — S. 41 Z. 5 lies [3] statt [4]. — S. 41 Z. 7 lies [4] statt [1]. — S. 42 Z. 25 lies dandam statt daudam. — S. 42 S. 26 lies Aquiliae statt Aquliae. — S. 46 Z. 25 lies § 6 statt § 5. — S. 50 Z. 21 lies contrahentis statt contrahendis. — S. 56 Z. 2 muss dans fortfallen. — S. 59 letzte Z. lies modo statt mode. — S. 87 Z. 11 lies des Interesse statt das Interesse. — S. 89 Z. 1 lies Aquiliana statt Aquil ana.

Date Due

DE 25 '5[illegible]			






89095281499
b89095281499a